

# Los deberes de colaboración en el Blanqueo de Capitales

Contexto normativo, fundamentos y límites

Ana Carolina Carlos de Oliveira

---

TESIS DOCTORAL UPF / AÑO 2020

DIRECTOR DE LA TESIS

Prof. Dr. Dr. h. c. Ricardo Robles Planas

DEPARTAMENTO DE DERECHO





*A mi amor, mi abuela Luzia,  
que se fue,*

*a mis amigos del alma, por  
sostenerme,*

*dedico.*



## AGRADECIMIENTOS

A nuestro maestro Jesús-María Silva-Sánchez, por su inmensa generosidad. Una generosidad desinteresada que lo llevó a responder a un pedido de una persona desconocida que, en 2011 le escribió, casi tartamudeando, algunas líneas elementales sobre las ideas de Hassemer y su libro "Expansión". Generosidad que hizo posible que, sin siquiera habernos visto en persona, sin mayores referencias, recibiera una amable respuesta de su parte, que pronto se convirtió en la emisión de una carta para, poco tiempo después, acceder a la beca que me permitió cumplir con el sueño de estudiar el Máster de Derecho Penal (UPF/UB). Su generosidad que le dio la paciencia suficiente para recibir mis consultas, una y otra vez, abriendo espacios inexistentes en su apretada agenda, confiando en mí para el desarrollo de los proyectos del área que dirige. Una generosidad insistente, que me animó a continuar con mi proyecto de investigación cuando creía no tener la fuerza ni los recursos necesarios para seguir. Él seguramente no es consciente del efecto que su generosidad ha tenido en mi vida personal y profesional: la ha cambiado para siempre. Por ello le estoy infinitamente agradecida. Gracias, además, por convencernos día a día de la grandeza de nuestras ideas cuando, en realidad, la grandeza se encuentra en la paciencia y el magisterio con los que él, luego de ojear nuestros confusos borradores, logra – como por arte de magia– darle sentido y estructura a nuestras ideas. Su forma de ser se refleja en todos los profesores y compañeros que forman parte de esta maravillosa escuela, quienes también comparten sus conocimientos y su tiempo de forma altruista.

A mi querido maestro Ricardo Robles Planas. Cuando decidí embarcarme en el proyecto de elaboración de una segunda tesis doctoral, tenía muy claro el porqué: quería formarme al lado de un gran científico, de una persona completamente comprometida con la academia y apasionada por reflexionar, sin descanso, en torno al Derecho Penal. Porque lo hace con todo su ser. Él –y su pipa– fueron la compañía firme, constante y segura en la que pude apoyarme durante todos estos años. Su puerta siempre ha estado abierta para permitirme discutir las dudas e ideas fundamentales de esta investigación y, además, para acompañarme en la solución de todas las dificultades –incluso aquellas de orden práctico– que han surgido durante la ejecución de este trabajo. Sus correcciones implacables me animaron a dar lo mejor de mí a todo momento. Gracias a su constante presencia nunca sentí que el proceso de elaboración de esta tesis fuera un ejercicio solitario.

Nada más alejado de la realidad: siempre encontré en su despacho (o en sus comentarios en *caps lock*) palabras de bienvenida y la mano firme que me permitieron comprender que, solo un proceso de investigación compartido y sabiamente orientado podría permitirme obtener un resultado mejor del que creía posible. Este trabajo es testimonio de ese proceso.

Agradezco a los Profs. Wolfgang Wohlers y Kurt Seelmann por haberme acogido amablemente en la Universidad de Basilea, institución en la que pude profundizar en la interesantísima doctrina suiza, fundamental para establecer los cimientos sobre los que desarrollé esta investigación. Al Profesor Ulrich Sieber, por recibirme afectuosamente como investigadora del Instituto Max Planck para el estudio de la Criminalidad, la Seguridad y el Derecho (bajo su nueva denominación). A Benjamin Vogel, brillante investigador y portador de incomparables calidades humanas, con quien he tenido la fortuna de compartir y aprender durante los más de tres años que hemos dedicado a la investigación de Derecho comparado en materia de blanqueo de capitales coordinada por él. Le agradezco, especialmente, el haberme permitido continuar dando forma a mis ideas y proyectos en el marco de los intercambios y aprendizajes que viví siendo parte del grupo de investigación que él coordina en el mencionado Instituto. Debo mencionar, también, a todos los maravillosos compañeros con quienes compartí en el Instituto Max Planck y que han compartido conmigo sus amplios conocimientos sobre el tema de esta investigación: el Prof. Michael Levi (Universidad de Cardiff), Jean Baptiste Maillart, Daniel Ariza y Nelson Salazar.

A la querida Prof. Nuria Pastor, por su infinita generosidad, su inagotable optimismo y su contagiosa energía. Escuchar su voz en los pasillos de la Universidad siempre me llenó de alegría y entusiasmo. Su trayectoria y su forma de ser me inspiran. Su enorme empatía y su disponibilidad (personal o virtual) me llenaron de afecto –una y otra vez–, en momentos en los sentía que no podía ordenar mis ideas. A la Prof. Raquel Montaner, por la confianza que depositó en mí desde el primer momento y por la amabilidad con la que siempre discutió conmigo aspectos específicos de esta tesis. A Ivó Coca, por las contribuciones decisivas que realizó a lo largo de esta investigación. A todos los profesores e investigadores del Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, en especial, los Profesores Ramón Ragués, David Felip, Raquel Montaner y Mariona Llobet, por haber permitido que el ejercicio de la actividad docente se convirtiera en una experiencia placentera gracias a su constante e invaluable orientación. A los estudiantes de grado, por recibirme amablemente –a pesar de tener que escuchar, entremezcladas, las palabras del portugués que se rehúsan a

abandonarme—. A mis compañeros del área que, con paciencia y entusiasmo, me han acompañado en los momentos finales (y no tan finales) de la elaboración de esta tesis: Daniela Ochoa, Rocci BendeZú, Mauro Roccasalvo, Federico Montero, Agustín Alessi, Douglas Borges y Bernarda Muñoz. A María Alejandra Vargas y a Pepe Agustina, por depositar su confianza en mí (¡no saben lo que esto ha significado para mí!).

A la Universidad Pompeu Fabra, por haberme brindado –por medio de la beca que me fue otorgada– la posibilidad de llevar a buen puerto la escritura de esta tesis y de realizar estancias de investigación en Freiburg y Basel, sin las que esto no hubiera sido posible. A su personal administrativo, en especial a Lluïsa, Ade y a Marcel Xandri, personas cuya amabilidad y eficiencia hicieron más llevadera la burocracia propia de los procesos de asignación y ejecución de contratos y becas e, incluso, de presentación de la tesis. Al querido Pepus, por su amistad y por vibrar conmigo a cada paso, ya desde los primeros días del máster.

Las cualidades científicas y humanas del área de Derecho Penal se encuentran perfectamente representadas en mis queridos condiscípulos, Héctor García y Oriol Martínez. Desde mis primeros días como becaria ellos me hicieron "sentir parte", integrada. Compartir con vosotros estos años ha sido de lo más gratificante. Gracias por confiar en mí y por haberme permitido confiar en ustedes. A mi querido amigo Jesús Becerra, a quien he adoptado –sin su consentimiento– como a un hermano mayor: gracias por tener siempre una palabra amiga y por estar presente en todos los momentos decisivos de mi vida en Barcelona. A Osvaldo de la Fuente, por el apoyo durante el período de confinamiento. Una vez más, a Héctor García y a Jesús Becerra y, adicionalmente, a Aloys Rütter y a Daniel Ariza, por el esfuerzo hercúleo que realizaron en tiempo récord para completar la revisión de estilo de esta tesis. A Daniel Ariza nunca podré agradecerle suficientemente.

A mis amigos del alma, que me han regalado un hogar al interior de sus familias y que siempre han estado junto a mí desde que dejé mi pueblo lejano, ubicado en el interior de São Paulo: Carol Zaiet, João Rassi, Débora Motta, María Augusta Salas, Cléssio Moura, Theyla Pinheiro, Ana Lúcia Costa.

Puedo afirmar, sin vacilar y llena de alegría, que soy inmensamente afortunada por contar con los generosos amigos que me ha brindado la vida en São Paulo, Barcelona, Berlín, Freiburg... Son muchos, gracias a Dios, y no hay uno solo de ellos con quien no haya hablado, alguna tarde en la que me encontraba desanimada, para intentar superar desafíos que parecían insuperables mientras

trabajaba en la elaboración de esta tesis. Todos ellos me permitieron avanzar y hoy siguen con los dedos cruzados para que este proyecto culmine de forma satisfactoria. Sois muchos y vivís en mi corazón. Debo agradecer, de forma especial, a Yuliana: gracias infinitas por tu cuidado durante el “inconveniente” de salud que hizo su aparición en algún momento de esta investigación.

A mi madre, Sonia, a mi hermano Anderson y mi cuñada Mariana, a mi regalito, mi ahijado Heitor, a mi tía Sonia. A mi enorme y divertida familia del interior. Todos ellos me han apoyado con cariño, siempre, sin cuestionar ni una sola vez las elecciones de vida que me han llevado a distanciarme físicamente de ellos. Gracias por soportar esta distancia y las ausencias. Nunca he dejado de sentirme parte de ustedes.

A la ciudad de Barcelona, que me ha regalado un nuevo hogar y una nueva nacionalidad, por la posibilidad de conquistar sueños que hace pocos años consideraba imposibles.

Finalmente, a mi abuela Luzia. Porque yo vivo en ella y ella en mí. Porque sin ella yo jamás habría siquiera iniciado este camino. Sé que ahora me acompañas desde otro lugar. Esta tesis es para ti, para seguir construyendo la *vida nueva* que siempre esperaste verme empezar.

A todos, muito obrigada!



## RESUMEN

Esta tesis trata de la responsabilidad penal de los sujetos obligados en el marco del sistema de prevención del blanqueo de capitales. Analiza que estos profesionales están en el centro del sistema de prevención, y que su colaboración con el Estado en esta cuestión sólo tiende a aumentar. La hipótesis planteada es que parte de la prohibición del delito de blanqueo y ciertas formas de imputación del mismo (imprudencia y comisión por omisión) se refieren, de hecho, a una exigencia de colaboración de los sujetos obligados con el Estado. En este contexto, se presentan propuestas para distinguir, delimitar y fundamentar la parte exclusiva de responsabilidad que corresponde a los sujetos obligados, en forma de un deber especial de colaboración. Se llega a la conclusión de que la colaboración de los particulares consiste en un deber positivo especial, que se basa en su papel de cuasi-funcionarios, y que está limitado por su cercanía con el riesgo de blanqueo, así como por su posición de competencia preferente ante el resultado.



## ABSTRACT

This thesis deals with the criminal liability of obliged entities within the framework of the anti-money laundering preventive system. It analyzes that these professionals are at the core center of such system, and that their collaboration with the State on this issue is increasing. The hypothesis raised is that one part of the prohibition of the crime of money laundering and certain forms of criminal liability attributed to obliged entities (recklessness and commission by omission) refer, in fact, to a demand for their collaboration with the State in the task of fighting this crime. In this context, the thesis presents proposals to distinguish, delimit and substantiate the exclusive part of responsibility that corresponds to the obligated entities, in the form of a special duty of collaboration with the State. It is concluded that the collaboration of individuals consists of a special positive duty, which is based on their role as quasi-civil servants, and which is limited by their proximity to the risk of money laundering, as well as by their preferred position to avoid the result.



## ABREVIATURAS

AAPSS	American Academy of Political and Social Science
ADPCP	Anuario de Derecho penal y ciencias penales
AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
art./arts.	artículo/artículos
AT	Allgemeiner Teil
BeckOK	Beck'scher Online Kommentar
BT	Besonderer Teil
BdeC	Blanqueo de capitales
BJC	The British Journal of Criminology
Col. L. Ver.	Columbia Law Review
cfr.	confróntese
CP	Código Penal Español
DVBI	Deutsches Verwaltungsblatt
Ed.	Edición
FATF	Financial Action Task Force (GAFI, en castellano)
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GAFI	Grupo de Acción Financiera Internacional
GwG	Geldwäschegesetz – Ley de blanqueo de capitales alemana
JRE	Jahrbuch für Recht und Ethik
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen Zeitung
LK-StGB	Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch
LH	Libro homenaje
MK-StGB	Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch
n.	nota
nm.	número marginal
NGZ	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK-StGB	Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch
NZWist	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht

p./pp.	página/ páginas
PG	Parte general
PJ	Poder Judicial
P.O.C.A	Proceeds of Crime Act
RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología
RPCP	Revista Peruana de Ciencias Penales
RGDP	Revista General de Derecho Penal
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
s./ss.	siguiente / siguientes
SAR	Suspicious Activity Report
StGB - CH	Strafgesetzbuch- Schweiz (Código Penal Suízo)
StGB - DE	Strafgesetzbuch- Deutschland (Código Penal Alemán)
STR	Suspicious Transaction Report
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
StV	Strafverteidiger Zeitschrift
TS	Tribunal Supremo
UIF	Unidad de Inteligencia Financiera
UNODC	United Nations Office on Drugs and Crime
v.	volumen
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
Wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZRph	Zeitschrift für Rechtsphilosophie
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
LECrIm	Ley de Enjuiciamiento Criminal

# ÍNDICE

<b>AGRADECIMIENTOS .....</b>	<b>v</b>
<b>RESUMEN .....</b>	<b>ix</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>xi</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>19</b>
<b>PARTE I.....</b>	<b>25</b>
<b>EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES Y SU CONTEXTO EN EL MODERNO DERECHO PENAL DE LA ECONOMÍA.....</b>	<b>25</b>
<b>I.        EL ROL DE LOS SUJETOS OBLIGADOS EN LA PREVENCIÓN DEL DELITO .....</b>	<b>25</b>
1. <b>Introducción.....</b>	<b>25</b>
2. <b>El delito de blanqueo de capitales: El blanqueo como proceso .....</b>	<b>32</b>
3. <b>Contexto internacional: la creciente inclusión de los particulares en la prevención del blanqueo .....</b>	<b>38</b>
4. <b>El sistema integral de prevención: derecho de la seguridad .....</b>	<b>50</b>
5. <b>Los pilares del sistema de prevención del BdeC: leyes, órganos, y sujetos obligados 52</b>	
<b>II. EL PAPEL DEL SECTOR PRIVADO .....</b>	<b>63</b>
1. <b>¿Quiénes son los sujetos obligados?.....</b>	<b>65</b>
a) <b>Instituciones financieras .....</b>	<b>66</b>
b) <b>Actividades y negocios no-financieros .....</b>	<b>70</b>
2. <b>Tipologías de los deberes de prevención .....</b>	<b>78</b>
3. <b>Deberes cuasi-policiales de los sujetos obligados .....</b>	<b>83</b>

<b>III. INJUSTO MATERIAL DEL BLANQUEO DE CAPITALES.....</b>	<b>90</b>
<b>1. El tipo penal de BdeC.....</b>	<b>90</b>
1.1 Exégesis de los arts. 301.1 y 301.2 CP .....	96
1.2 ¿Qué se persigue con la penalización del BdeC?.....	110
<b>2. Relato de la praxis de la prevención .....</b>	<b>129</b>
<b>IV. BLANQUEADOR COLABORADOR .....</b>	<b>134</b>
<b>1. Distintos núcleos del injusto de blanqueo .....</b>	<b>134</b>
a) El tipo de aislamiento.....	135
b) Blanqueador organizador y blanqueador colaborador .....	141
<b>V. FORMAS ACTUALES DE CASTIGO DEL SUJETO OBLIGADO .....</b>	<b>149</b>
<b>1. Blanqueo de capitales por imprudencia grave .....</b>	<b>152</b>
1.1 Exégesis del art. 301.3 CP .....	155
1.2 Contenido de la imprudencia en el BdeC .....	163
<b>2. Blanqueo en comisión por omisión y deber de colaboración .....</b>	<b>178</b>
<b>3. Conclusiones preliminares.....</b>	<b>182</b>
<b>Parte II - ESTADO REGULADOR Y DERECHO PENAL .....</b>	<b>188</b>
<b>1. LA DELEGACIÓN DE FUNCIONES POLICIALES DEL ESTADO: CUESTIONES DE FONDO .....</b>	<b>188</b>
<b>2. DEL ESTADO DE BIENESTAR AL ESTADO REGULADOR.....</b>	<b>191</b>
2.1 El contexto del Estado regulador .....	193
2.2 Particulares en el ejercicio de deberes públicos delegados .....	197
2.3 ¿Hay límites a la delegación de tareas?.....	202
<b>3. PROYECCIÓN DEL ESTADO REGULADOR EN EL DERECHO PENAL</b>	



3.1.	Derecho penal regulador .....	206
3.2.	Programas de compliance como autorregulación-regulada .....	214
3.3.	Cooperación público-privada para prevenir el BdeC.....	220
<b>PARTE III – DEBERES DE COLABORACIÓN .....</b>		<b>225</b>
1.	<b>¿QUÉ SON LOS DEBERES DE COLABORACIÓN? .....</b>	<b>225</b>
1.1.	Introducción: la colaboración en el BdeC .....	225
1.2.	De la praxis a lo normativo: más allá del bien jurídico para fundamentar los deberes de colaboración .....	235
2.	<b>LIBERTAD REAL Y AUTONOMÍA EN LA GRADACIÓN DE LOS DEBERES JURÍDICO-PENALES.....</b>	<b>241</b>
2.1.	Deber de cooperación según M. PAWLIK .....	242
2.2.	Deberes de cooperación y de colaboración según el modelo del Estado regulador .	247
2.3.	La afectación de la autonomía real como elemento de gradación del deber de colaboración .....	252
3.	<b>FUNDAMENTOS: DEBERES DE COLABORACIÓN COMO DEBERES POSITIVOS ESPECIALES: <i>CUASI-FUNCIONARIOS</i> .....</b>	<b>258</b>
3.1.	Introducción .....	258
3.2.	Blanqueo-organización y blanqueo-colaboración: mismo interés, diferentes formas de afectación .....	259
a)	Interés: Administración de Justicia en sentido funcional.....	259
b)	Diferentes formas de afectación.....	265
4.	<b>DEBERES DE COLABORACIÓN COMO DEBERES POSITIVOS ESPECIALES .....</b>	<b>269</b>
4.1.	Contenido de los deberes de colaboración.....	269
4.2.	Deber positivo cuasi-institucional no equivalente al deber negativo.....	276
5.	<b>PROYECCIÓN DE LOS DEBERES DE COLABORACIÓN SOBRE EL TIPO DE BdeC .....</b>	<b>310</b>

<b>5.1</b>	<b>Recapitulación: la posición jurídica de los sujetos obligados .....</b>	<b>310</b>
a)	Análisis de lege lata: Interpretación del art. 301 CP según la responsabilidad de los sujetos obligados .....	312
b)	Las consecuencias de los deberes de colaboración incluidos en el tipo penal vigente .....	315
<b>5.2</b>	<b>Propuesta de reforma legislativa .....</b>	<b>323</b>
a)	Deber de información como tipo especial en el Derecho comparado.....	330
b)	Propuesta de reforma del art. 301 CP.....	338
	<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>348</b>
	<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>359</b>

## INTRODUCCIÓN

Las redes de circulación de bienes y capitales originados en la comisión de delitos se han convertido en un componente vital de la economía contemporánea. En efecto, resulta utópico pretender delimitar con claridad las actividades y valores ilícitos que son incorporados en la economía *legítima*<sup>1</sup>. Como consecuencia de lo anterior, toda propuesta de interpretación de este fenómeno criminal debe partir de un razonamiento lógico esencial: debe reconocer la inexorable coexistencia de una lógica *represiva* de atribución de responsabilidad penal por la realización de ciertas conductas. Debe reconocer, asimismo, una *exigencia preventiva* materializada en la implementación de controles previos que, aunque no sean suficientes para impedir la circulación de capital ilícito, por lo menos representan un obstáculo para su perfeccionamiento. En efecto, un análisis de la evolución normativa del sistema de prevención del BdeC permite afirmar que este se fundamenta en el reconocimiento de que los sujetos obligados cuentan con mejores condiciones que los órganos de investigación policial para identificar operaciones sospechosas de blanqueo de capitales –aunque, no sobra decir, no existen estudios empíricos que sustenten esta afirmación<sup>2</sup>–. Así, gran parte de las legislaciones nacionales que se han reseñado en esta investigación adoptan esta premisa al momento de definir el estatus jurídico de los sujetos obligados en el sistema de control del BdeC<sup>3</sup>. Adicionalmente, la historia reciente

---

<sup>1</sup> Así, LEVI, «Making sense of professional enablers' involvement in laundering organized crime proceeds and of their regulation», *Trends in Organized Crime*, 2020, p. 2.

<sup>2</sup> De hecho, teniendo en cuenta que incluso la Unidad de Inteligencia Financiera tiene dificultades para identificar determinadas operaciones de blanqueo, resulta plausible afirmar que esta tarea será todavía más exigente para los sujetos obligados, que no cuentan con la formación policial e investigativa necesaria ni tienen acceso a las mismas fuentes de información que ciertas autoridades especializadas. Sin embargo, esta constatación no es suficiente para cuestionar la validez o la eficacia de la premisa criminológica de acuerdo con la cual los sujetos obligados se encuentran, efectivamente, en mejores condiciones para evitar el BdeC. Sea cual sea la opinión que se defienda, esta investigación ha optado por partir de un hecho incontrovertible: el Estado cuenta, efectivamente, con la participación de los sujetos obligados para intentar alcanzar niveles satisfactorios de lucha contra el BdeC. El hecho de determinar si esta decisión (tomada por el Estado y por múltiples organismos internacionales) es correcta o no, no hace parte de las pretensiones de este trabajo. Se trata, más bien, de una línea de investigación abierta con un gran potencial explicativo. Para más detalles acerca de la falta de estudios para comprobar si los sujetos obligados están efectivamente en mejores condiciones que el Estado para identificar las operaciones sospechosas, véase: LEVI *et al.*, «Can the AML system be evaluated without better data?», *Crime Law and Social Change*, (69), 2018.

<sup>3</sup> En este sentido, aunque algunos autores reconocen que existe una transferencia de deberes de investigación a los particulares, no consideran que este sea un hecho problemático. Vid. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. BT.*, 2ª ed., 2008, nm. 287; GORDON, «Losing the war against dirty money: rethinking global standards on preventing money laundering and terrorism financing», *Duke Journal of Comparative and International Law*, (21 - 3), 2011, p. 27; BORLINI/MONTANARO, «The evolution of the

demuestra que también que los organismos especializados del orden internacional han dirigido su atención al papel que juegan los sujetos obligados en la realización de operaciones de blanqueo, sin desconocer –al mismo tiempo– la importancia de contar con su colaboración para prevenir eficazmente este fenómeno criminal<sup>4</sup>.

En la evolución normativa de los tratados internacionales, en el contenido de las normas de *soft law* y en las disposiciones de las directivas europeas expedidas para combatir el blanqueo, la colaboración de los sujetos obligados se ha erigido como pilar fundamental de los mecanismos de prevención de este fenómeno criminal. En efecto, la referencia a los sujetos obligados como *gatekeepers* o *professional enablers* es un lugar común de la literatura especializada. Adicional a lo anterior, un análisis histórico permite comprender que el sistema de prevención del blanqueo, tal cual lo conocemos, es el producto de un intrincado proceso de discusión política, económica y jurídica que ha dado forma a una red integral de prevención, cuyo centro neurálgico es la investigación financiera. Esta se enfoca, concretamente, en el desarrollo de estrategias de control de los delitos que generan rendimientos económicos. En esta red, los sujetos obligados adoptan un papel esencial, siendo considerados como catalizadores de la actuación de los órganos públicos de investigación. Este elemento particular –por las especiales características de estos sujetos– fundamenta la pregunta de investigación de esta investigación, tendiente a desentrañar las consecuencias jurídicas derivadas del rol que les es asignado. Y, en especial, a dilucidar por qué, a pesar de asumir un papel central en las tareas de prevención, dichas consecuencias jurídicas –penales– no han sido sistematizadas de forma satisfactoria.

Tras treinta años de la edición de las primeras directrices internacionales y de la inclusión del tipo penal de blanqueo de capitales en prácticamente todas las jurisdicciones a nivel mundial, es posible trazar un panorama absolutamente rico en términos de casuística, de actores involucrados en la prevención de este delito y de los órganos (nacionales e internacionales) creados o adaptados para gestionar el complejo aparato de prevención y supervisión. Asimismo, en

---

EU law against criminal finance: the “hardening” of FATF standards within the EU», *Georgetown Journal of Int. Law*, (48 - 4), 2017, p. 1039; PIETH/AIOLFI, «The Private Sector Becomes Active: The Wolfsberg Process», *Journal of Financial Crime*, (10 - 4), 2003.

<sup>4</sup> Documento paradigmático del reconocimiento del rol de los sujetos obligados como puerta de entrada del BdeC es el informe del Foro Económico Mundial de 2012. Vid. *Organised Crime Enablers*, 2012. Disponible en: <http://reports.weforum.org/organized-crime-enablers-2012/> (último acceso 11.12.2020).

España, ya han pasado suficientes años para que se asienten los términos de la discusión doctrinal y de la operatividad del modelo del tipo penal actualmente vigente, contenido en el art. 301 CP<sup>5</sup>. Por donde se mire, el conjunto de reglas penales y administrativas alrededor de este delito presenta desafíos hermenéuticos de relieve. Así, se puede señalar la complejidad del tipo subjetivo, los múltiples intereses subyacentes a la tipificación y, además, la circunstancia de que nos encontramos ante el único tipo penal que puede ser cometido por imprudencia por una persona jurídica, lo que indica su relevancia para los estudios de Derecho penal económico. En consecuencia, este delito ha revolucionado los programas de *compliance* del sector financiero en las últimas décadas. Esto constituye un cambio en el Derecho penal quizás sólo comparable con el provocado por la inclusión de los delitos medioambientales durante los años 90. La similitud con este momento histórico es aún más fuerte cuando se mira el papel determinante de las reglas de prevención administrativa sobre la aplicación del tipo penal.

Si se permite especular sobre el desarrollo futuro del Derecho penal, no sería descabellado visualizar que los mecanismos complejos de prevención y sanción del delito de blanqueo reflejan un nuevo punto de inflexión en el control de la criminalidad de empresa, con una aproximación más interdisciplinaria y dependiente de la colaboración con la sociedad. De hecho, esta interdisciplinaria se evidencia a través de las diferentes aproximaciones al fenómeno del blanqueo: desde la política-criminal, la criminología<sup>6</sup>, la economía<sup>7</sup>, el Derecho internacional público<sup>8</sup> o, incluso, desde ponderaciones de

---

<sup>5</sup> Se trata de una definición del blanqueo que, en esencia, no difiere sustancialmente de la primera, creada por la Convención de Viena y bastante enfocada en la lógica del delito de tráfico de drogas. *Convención de 20 de diciembre de 1988 de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, firmada en Viena y ratificada por España en fecha 30 de julio de 1990.*

<sup>6</sup> Uno de los estudios más recientes sobre los aspectos criminológicos de este delito se halla en DUYNE *et al.*, *The critical handbook of money laundering. Policy, analysis and myths*, 2018. Además del clásico estudio realizado por UNGER/LINDE, *Research Handbook on Money Laundering: Rethinking Money Laundering & Financing of Terrorism in International Law*, 2013.

<sup>7</sup> Cfr. KILLINS *et al.*, «The impact of financial regulation policy uncertainty on bank profits and risk», *Studies in Economics and Finance*, (37 - 4), 2019.

<sup>8</sup> El estudio de Derecho comparado más completo sobre el tema a nivel europeo, coordinado por el Instituto Max Planck, analiza el blanqueo de capitales desde la perspectiva de la estructura jurídica de cooperación internacional y vinculación de las normas de Derecho internacional público. VV.AA., *National and international anti-money laundering law*, 2020, *passim*.

geopolítica<sup>9</sup>. Por ello, el estudio de este tema en la actualidad debe estar dotado de una especificidad que implique precisión bibliográfica y jurisprudencial.

El objeto de la presente constituye uno de los aspectos hasta ahora menos trabajados por la dogmática jurídico-penal aplicada a este delito: la inclusión de los particulares en las políticas de prevención de las operaciones de blanqueo de capitales. Es notable la forma como los documentos internacionales<sup>10</sup> asumen con naturalidad el presupuesto de que los sujetos obligados<sup>11</sup> están en mejores condiciones de reconocer transacciones con capital potencialmente ilícito y que, por lo tanto, deben asumir una proporción significativa de los esfuerzos para prevenir el delito.

En este contexto, la hipótesis asumida acoge una intuición de la doctrina<sup>12</sup> que a la fecha no ha sido suficientemente profundizada: el papel especial de los sujetos obligados en las políticas de prevención de blanqueo, semejante a tareas *cuasi-policiales* de vigilancia y control en la actividad de sus clientes. Dicho con otras palabras, se parte del supuesto de que los sujetos obligados reciben del Estado un deber de investigar el origen del capital de sus clientes y, si fuera el caso, cumplir con obligaciones dirigidas a impedir la comisión de este delito. Asimismo, dentro de este catálogo de deberes, se incluyen el monitoreo de transacciones y la colaboración activa en la recopilación de información respecto de flujos de capital potencialmente ilícito. Como una consecuencia lógica se analiza, asimismo, la hipótesis referente a la posible sanción penal indirecta de los sujetos obligados en el tipo de blanqueo por el eventual incumplimiento en estas tareas de colaboración.

Por tanto, el estudio aquí propuesto intenta un análisis de dogmática jurídico-penal aplicada que tiene por objeto la delimitación de la responsabilidad de los

---

<sup>9</sup> Véase el estudio adoptado por el BANCO MUNDIAL: VV.AA., *Draining development? Controlling flows of illicit funds from developing countries*, 2012, *passim*.

<sup>10</sup> Véase, principalmente, las recomendaciones editadas por el Grupo de Acción Financiera Internacional.

<sup>11</sup> Con el término *sujetos obligados* se alude a lo largo de la presente investigación al conjunto de personas señaladas en la norma contenida en el art. 2 de la Ley 10/2010. Por ejemplo, bancos, notarios, inmobiliarias, operadoras de tarjeta de crédito, casinos, etc. Un comentario detallado sobre este listado se encuentra en la Parte I, Cap. II.1.

<sup>12</sup> De hecho, el punto de partida de la presente investigación han sido las consideraciones expuestas por SILVA SÁNCHEZ, «Expansión del derecho penal y blanqueo de capitales», en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (eds.), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, 2011, pp. 131-139, que afirma que el delito de blanqueo de capitales delega a los sujetos obligados la ejecución de tareas cuasi-policiales.

sujetos obligados frente a las transacciones de blanqueo de capitales. Asimismo, con base principalmente en el influente caudal de información que constituye la doctrina de raigambre alemana y sin perjuicio de incorporar a la discusión española lo que también se plantea en el ámbito angloparlante, se pretenden sentar las bases y los presupuestos generales de una concreta forma de responsabilidad penal —por el deber especial de colaboración con el Estado—, en el ejercicio de tareas cuasi-policiales de vigilancia e información. Por otra parte, este objetivo implica la posibilidad de articular las diferentes expectativas normativas contenidas en el conjunto de reglas sobre el blanqueo de capitales: la expectativa general de que no se disimule el origen del capital obtenido en una actividad delictiva y, asimismo, la expectativa especial sobre algunos sujetos a efectos de que adopten medidas para facilitar la investigación de delitos por parte del Estado.

En coherencia con los objetivos anteriormente indicados, esta tesis se divide en tres partes. La primera parte (I) está dedicada al estudio detallado del delito de blanqueo de capitales y su hilo conductor consiste en el papel del sujeto obligado en las estrategias tendientes a la prevención de este delito. Partiendo del origen de la tipificación en concreto hasta la exégesis del tipo penal incluido en la legislación española, se analiza el papel del sector privado en la prevención del tipo de blanqueo y la forma actual de sanción de los sujetos obligados por incumplir las expectativas de evitar transacciones de sus clientes con dinero ilícito.

La segunda parte (II) está dedicada a ubicar el contexto más amplio en el cual se desarrolla este giro hacia la responsabilidad de los particulares de colaborar con ciertas tareas del Estado y al establecimiento de las condiciones generales para la introducción de deberes de colaboración en la prevención del blanqueo. Ciertamente, esta es una consecuencia de un cambio más profundo en la forma de distribución de derechos y deberes entre el Estado y los ciudadanos que ha tomado forma en el modelo de Estado regulador. En este apartado se presentan las conclusiones de estudios de teoría del Estado y de Derecho administrativo que ponen de relieve el modo a través del cual se consolida en la actualidad un proceso de delegación de tareas públicas hacia los particulares. Esto tiene como consecuencia la gestión y responsabilidad compartida sobre determinadas tareas de interés público. A este respecto, un apartado de la presente pretende resaltar los primeros impactos de este modelo de Estado sobre la configuración actual del Derecho penal.

La parte (III) pretende desarrollar normativamente lo que el análisis de la praxis del blanqueo de capitales ha expuesto: la existencia de deberes de colaboración con el Estado de sujetos obligados. Por tanto, los distintos capítulos de esta parte se esfuerzan en establecer los fundamentos normativos y los posibles límites a la imposición de los deberes de colaboración. Como se verá, a partir del análisis de la teoría de los deberes, se indica que la colaboración con el Estado consiste en un deber positivo especial, ubicado en un peldaño intermedio entre la responsabilidad por organización y el deber positivo general. Desde luego, conviene adelantar que esta investigación no pretende establecer criterios para una “teoría general de los deberes de colaboración”, sino más bien aclarar la ubicación sistemática de los sujetos obligados dentro del conjunto de normas que pretenden evitar la comisión del blanqueo de capitales.

Como puede deducirse, esta mirada detallada hacia las posibles consecuencias penales de los deberes de los sujetos obligados conduce a una propuesta de reformulación completa de las conductas típicas en el blanqueo de capitales. Asimismo, de forma previa se ofrece una alternativa de interpretación acorde con el tipo penal vigente.



## PARTE I

# EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS Y SU CONTEXTO EN EL MODERNO DERECHO PENAL DE LA ECONOMÍA

## I. EL ROL DE LOS SUJETOS OBLIGADOS EN LA PREVENCIÓN DEL DELITO

### *1. Introducción*

En los últimos cinco años, el número de condenas por conductas de blanqueo de capitales (en adelante, BdeC) en España ha llegado a 422<sup>13</sup>. Una cifra relativamente alta para un tipo penal frente al que, pese a sus más de veinte años de vigencia, no existe consenso acerca de la correcta interpretación de sus fundamentos y límites y que, como se verá, adolece de inconsistencias teóricas y prácticas de no poca importancia. De igual forma, la bibliografía penal existente se caracteriza por ofrecer distintas interpretaciones del tipo objetivo y, sobre

---

<sup>13</sup> Número total de sentencias judiciales condenatorias por BdeC entre los años 2012-2017, según la estadística oficial del Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de capitales (SEPBLAC). COMISIÓN DE PREVENCIÓN DE BLANQUEO DE CAPITALS. *Memoria estadística 2012-2017*, 2020, p. 41. Disponible en [https://www.sepblac.es/wp-content/uploads/2019/06/memoria\\_de\\_informacion\\_estadistica\\_2012\\_2017.pdf](https://www.sepblac.es/wp-content/uploads/2019/06/memoria_de_informacion_estadistica_2012_2017.pdf). (último acceso en 10.11.2020).

todo, por denunciar la desproporcionada expansión de la incriminación de conductas y el excesivo castigo que esta práctica trae aparejada<sup>14</sup>.

Este énfasis teórico, dirigido a analizar el fenómeno del BdeC, no se ve correspondido con un interés similar proveniente del ámbito práctico de aplicación de las medidas administrativas de control. En efecto, el contexto práctico refleja la falta de definición de los objetivos de las políticas antiblanqueo. Ello es consecuencia de la existencia de múltiples objetivos, no siempre coincidentes entre sí: la protección del mercado financiero, la desarticulación de redes de criminalidad organizada, la creación de alternativas procesales para castigar el delito precedente, entre otros—. Asimismo, actualmente es posible evidenciar el surgimiento de un nuevo ámbito de prevención de este delito, caracterizado por la proliferación de reglas autorregulación y por la creación de nuevos estándares en los programas de prevención y cumplimiento que afectan directamente la forma de organización del sistema financiero y de las profesiones implicadas en la prevención del blanqueo.

De esta forma, aunque el delito de BdeC ha sido ampliamente discutido por la doctrina española, su compleja *realidad de aplicación* deja claro que todavía queda mucho por decir<sup>15</sup>. Elementos como el pragmatismo y la rapidez que

---

<sup>14</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, «Expansión del derecho penal y Blanqueo de capitales», en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (eds.), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, 2011, p. 132; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, 2ª ed., 2010, p. 718; BAJO FERNÁNDEZ, «El desatinado delito de Blanqueo de capitales», en BACIGALUPO/BAJO FERNÁNDEZ (eds.), *Política criminal y Blanqueo de capitales*, 2009, p. 12; ABEL SOUTO, «La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio», *La Ley Penal*, (79), 2011; DEL CARPIO DELGADO, «Sobre la necesaria interpretación y aplicación restrictiva del delito de Blanqueo de capitales», *InDret*, (4), 2016, p. 6; ABEL SOUTO, «La reforma penal, de 22 de junio de 2010, en materia de blanqueo de dinero», en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (eds.), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, 2011, p. 62; GARCÍA NORIEGA, *Blanqueo y antiBlanqueo de capitales: cómo se lava el dinero, cómo se combate el lavado*, 2010, p. 340 ss. Las críticas señaladas también se reproducen en otros sistemas jurídicos, como es el caso, por ejemplo, de los ordenamientos penales de Alemania (cfr. VOGEL, Joachim, «Geldwäsche - ein europaweit harmonisierter Straftatbestand?», *ZStW*, (2 - 109), 1997, p. 336; JEKEWITZ, «Nationale Massnahmen der Geldwäschekämpfung und Gewinnabschöpfung», en HERZOG/MÜLHAUSEN (eds.), *Geldwäschekämpfung und Gewinnabschöpfung*, 2006) y Portugal (FARIA COSTA, «A proteção penal contra o branqueamento de capitais», en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (eds.), *IV Congreso Internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, 2014).

<sup>15</sup> Como sostiene un autor: “as money laundering theory is still in its formative years, the literature shows that there is still insufficient knowledge of money laundering and the corresponding flows of money”. VAN KONINGSVELD, «Money laundering. You don’t see it, until you understand it: rethinking the stages of the money laundering process to make enforcement more effective», en UNGER/LINDE (eds.), *Research handbook on money laundering*, 2013, p. 443.

permearon el proceso de creación del tipo penal, la desconexión existente entre las reglas penales y administrativas relativas al tema, junto con la rápida evolución de la praxis en materia de prevención del blanqueo, han dado lugar a la formulación de interpretaciones meramente exploratorias y de carácter sumamente general. Así, existen pocos estudios monográficos detallados de los distintos elementos e instituciones que dan sentido a la lucha contra el BdeC<sup>16</sup>. A mi modo de ver, tanto la premura en la construcción de una delimitación e interpretación jurídico-penal del tipo, así como la expansión de una lectura omnicomprendensiva del tipo<sup>17</sup> son consecuencia del contexto histórico en el que se ha desarrollado la discusión relativa al control del BdeC. Un contexto marcado por exigencias de eficiencia y control, que ha dificultado la realización de un análisis detenido acerca de las particularidades dogmáticas del tipo de BdeC<sup>18</sup>.

Por ello, la presente investigación considera extensivamente dicha evolución histórica para, entonces, analizar, de forma específica el papel que desempeñan los sujetos obligados en la arquitectura de la prevención del BdeC, incluyendo la consideración de las cuestiones dogmáticas sustanciales implicadas en el proceso de atribución de responsabilidad penal a estos agentes. El punto de partida es el estudio del estado de cosas actual en materia del proceso de incriminación del blanqueo, del tipo penal y de la actual ubicación estratégica de los sujetos obligados, en su rol de colaboradores del Estado para evitar la ocurrencia de transacciones con capitales de origen ilícito.

Específicamente, en relación con el último de los elementos mencionados, es preciso destacar que el sistema de persecución y castigo del BdeC promueve,

---

<sup>16</sup> Más recientemente han surgido monografías en ese sentido. Cfr., por ejemplo, BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009; CALDERÓN TELLO, *El delito de blanqueo de capitales: problemas en torno a la imprudencia y a la receptación*, 2016; SÁNCHEZ HUETE, *Tributación, fraude y blanqueo de capitales: entre la prevención y la represión*, 2019.

<sup>17</sup> En otras palabras, para que el “nuevo” tipo penal de BdeC añadido en 1988 cuadrara con el contexto legal preexistente. Así, BERDUGO/FABIAN CAPARRÓZ, «La “emancipación” del delito de Blanqueo de capitales en el Derecho penal español», en NÚÑEZ PAZ *et al.* (eds.), *Un derecho penal comprometido: libro homenaje al Prof. Gerardo Landrove Díaz*, 2011. Por ejemplo, las similitudes del delito de BdeC con el delito de encubrimiento, cf. PÉREZ MANZANO, «El tipo subjetivo en los delitos de receptación y blanqueo de dinero», *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero*, 1994, p. 228 ss.

<sup>18</sup> De hecho, es reciente la producción de monografías españolas enfocadas en aspectos particulares de la interpretación del tipo penal de blanqueo. Véase, por ejemplo, CALDERÓN TELLO, *El delito de Blanqueo de capitales: problemas en torno a la imprudencia y a la receptación*, 2016; MARTINEZ-ARRIETA, *El autoblanqueo: el delito fiscal como delito antecedente del Blanqueo de capitales*, 2014; CEVALLOS TORRES, *Blanqueo de capitales y principio de lesividad*, 2014.

paralelamente a la aplicación del tipo penal, la implementación de estrategias procesales basadas en acuerdos, en investigaciones internas y en la remisión de informaciones. Se trata, a todas luces, de elementos propios de una lógica *privatista* de solución de conflictos que, sin embargo, son aplicados a la estrategia jurídico-penal de lucha contra este delito<sup>19</sup>. Por esta razón, un capítulo específico<sup>20</sup> se dedicará exclusivamente a analizar, tanto este peculiar proceso de delegación de tareas del Estado al sector privado, como también las alteraciones en el modelo de administración de los recursos públicos derivadas de la distribución de tareas entre el sector público y el privado. En este contexto, es necesario analizar la forma en la que el sistema de prevención de BdeC construye una simbiosis entre estos sectores, generando consecuencias directas en los escenarios de aplicación del Derecho penal –en concreto, en el ámbito de prevención de la delincuencia económica y de empresa–.

Al respecto, resulta pertinente preguntarse, por ejemplo, si el recurso al castigo del BdeC por imprudencia grave representa una forma instrumental de vinculación de los ciudadanos –como consecuencia de su contribución específica– a las políticas estatales de prevención del BdeC. La respuesta que se dé a este interrogante dependerá de la comprobación de la corrección/posibilidad dogmática de dicha instrumentalización y del análisis de sus implicaciones desde la perspectiva de la estructura propia de los deberes de colaboración. Entendidos, en todo caso, como fundamento plausible de utilización del Derecho penal. Se trata, entonces, de determinar si es adecuado que los deberes intensificados de control y cuidado exigidos a sus destinatarios traspasen las fronteras del mandato de prohibición del injusto penal contenido en el art. 301 CP. Como se verá más adelante, este tipo de deberes trae aparejado importantes esfuerzos en materia de implementación de canales adecuados de investigación y denuncia de delitos en el ámbito del Derecho administrativo. La adopción de una hipótesis de este tipo requiere un examen profundo encaminado a definir los límites adecuados para regular la transferencia de deberes positivos especiales del Estado a los ciudadanos. Asimismo, debe profundizarse en el análisis relativo a la naturaleza del deber de los ciudadanos de soportar injerencias —no provocadas por una conducta previa— en su esfera de libertad, llevadas a cabo con la finalidad de

---

<sup>19</sup> En sentido similar, vid. BOTTKE, «Teleologie und Effektivität der Normen gegen Geldwäsche», *Wistra*, (4), 1995, p. 125; DIONYSOPOULOU, *Der Tatbestand der Geldwäsche*, 1999, p. 76; NEUHEUSER, «§ 261», *MK-StGB*, 2012, nm. 7.

<sup>20</sup> Vid. Parte II, Cap. 1. La delegación de funciones policiales del Estado: cuestiones de fondo”.

proteger intereses ajenos. Intereses que, en el caso que nos ocupa, se traducen en el interés del Estado en la investigación del origen de los bienes y, adicionalmente, en el comiso de bienes de origen delictivo.

En este orden de ideas, esta investigación parte de la incomodidad generalizada que se percibe en las diversas interpretaciones ofrecidas frente al delito de BdeC: es evidente la dificultad existente al momento de interpretar y delimitar el abanico de conductas prohibidas, así como de definir la extensión del ámbito de actuación del Estado en el cumplimiento de sus tareas de supervisión y atribución de responsabilidad a los sujetos obligados. Sumado a lo anterior, todavía no se tiene claridad frente a la finalidad atribuida a la incriminación del BdeC, lo cual se refleja en la multitud de bienes jurídicos cuya protección se invoca a través de la prevención y castigo del BdeC, sin que exista un acuerdo frente a cuál de ellos configura definitivamente el contenido de antijuridicidad material del tipo<sup>21</sup>. Es preciso subrayar, además, que la criminalización de las conductas de BdeC ha dado lugar a la creación de nuevos elementos que son incorporados a los programas de cumplimiento de las empresas. Y a la delegación, cada vez más acentuada, de tareas de prevención a particulares<sup>22</sup>.

Lo dicho hasta ahora confirma que la lucha contra el BdeC inaugura –o, por lo menos, refuerza– una estrategia de intervención del Derecho penal, para cuyo desarrollo exitoso el Estado depende de la colaboración positiva de los particulares<sup>23</sup>. Echando mano de una metáfora, parece ser que el delito de BdeC no es más que la punta del iceberg de un modelo que define una nueva forma de

---

<sup>21</sup> Cfr. HÖRETH, *Die Bekämpfung der Geldwäsche: unter Berücksichtigung einschlägiger ausländischer Vorschriften und Erfahrungen*, 1996, p. 91 ss.

<sup>22</sup> Sobre la creciente inclusión de los particulares en la prevención del delito, véase: SIEBER, «Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht», en DANNECKER *et al.* (eds.), *FS- Tiedemann*, 2008, p. 451; DANNECKER, «Strafrechtliche Verantwortung nach Delegation», en ROTSCH (eds.), *Criminal Compliance Handbuch*, 2015, p. 125; VERHAGE, «Between the hammer and the anvil? The anti-money laundering-complex and its interactions with the compliance industry», *Crime Law Soc Change*, (52), 2009, p. 15 ss.; MAXIMILIAN TEICHMANN, «Recent trends in money laundering and terrorism financing», *Journal of Financial Regulation and Compliance*, (27 - 1), 2019, p. 7; DIRKWEITZE, «Pflicht zur Bestellung eines Datenschutz, Geldwäsche und Sicherheitsbeauftragten sowie eines Betriebsarztes in der Steuerkanzlei?», 2015, p. 870; BERMEJO, *Prevención y castigo del Blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 253; DUYNE, Petrus C. van *et al.*, *The critical handbook of money laundering. Policy, analysis and myths*, 2018, p. 249.

<sup>23</sup> Así, BERMEJO, *Prevención y castigo del Blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 305; REINLE, *Die Meldepflicht im Geldwäschereigesetz: Die Banken im Spannungsfeld zwischen Geldwäschereibekämpfung und Vertrauensverhältnis zum Bankkunden*, 2007; BERGSTRÖM *et al.*, «A new role for for-profit actors? The case of anti-money laundering and risk management», *Journal of Common Market Studies*, (49 - 5), 2011, p. 1046.

intervención del Derecho penal en el marco de la lucha contra la criminalidad económica<sup>24</sup>. Y que se caracteriza por la delegación de deberes cuasi-policiales a los ciudadanos y por la construcción de un Derecho de seguridad<sup>25</sup>. Un modelo de este tipo se materializa en la expedición de normas penales vinculadas a la regulación extrapenal y a las áreas de competencia de órganos administrativos<sup>26</sup> (aquí se hace referencia, en especial, a las finalidades de la Unidad de Inteligencia Financiera), entornos en los que prima una mayor flexibilidad de los medios concebidos para permitir la persecución de capitales de origen ilícito<sup>27</sup>.

Sin lugar a duda, los sujetos obligados son un elemento central de las medidas antiblanqueo: son los destinatarios de deberes administrativos de prevención y, por ello, pieza esencial para la identificar y contener las transacciones llevadas a cabo con capitales ilícitos. Es por esta razón que la hipótesis central de la presente investigación se fundamenta en el hecho de que el Estado ha transformado a los particulares en colaboradores para la realización de una función pública, en *cuasi-funcionarios*<sup>28</sup>, “delegándoles tareas originalmente

---

<sup>24</sup> Sobre la mezcla entre la lógica pública y privada en la prevención del delito, vid. JEKEWITZ, «Nationale Massnahmen der Geldwäschekämpfung und Gewinnabschöpfung», en HERZOG/MÜLHAUSEN (eds.), *Geldwäschekämpfung und Gewinnabschöpfung*, 2006, p. 63; TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht. BT.*, 2ª ed., 2008, nm. 7. TIEDEMANN también identifica este fenómeno en el ámbito de otros delitos del llamado “Derecho penal secundario” (*Nebenstrafrecht*), tales como los delitos de administración desleal (*Untreue*) y de estafa, en los cuales se mezclan normas de mandato y prohibición, existe una dependencia importante de los complementos administrativos y de la praxis, así como problemas sustanciales de legalidad. De otra parte, a mi juicio, el delito de blanqueo trae aparejada una nueva racionalidad, que propone desafíos a las categorías de la parte general y al contexto de la delimitación legislativa, tal y como fue el caso, en su momento, de la introducción de los delitos medioambientales. FRISCH, «An den Grenzen des Strafrechts», en KÜPER *et al.* (eds.), *FS-Stree, Wessels*, 1993, p. 106.

<sup>25</sup> En estos términos, vid. SIEBER, «Der Paradigmenwechsel vom Strafrecht zum Sicherheitsrecht», en TIEDEMANN *et al.* (eds.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachin Vogel*, 2016.

<sup>26</sup> Vid. KILCHLING, «Geldwäsche und Gewinnabschöpfung in internationaler Perspektive: Rechtliche und rechtstatsächliche Grundlagen für ein vergleichendes empirisches Forschungsprojekt», *Forschungen zu Kriminalität und Kriminalitätskontrolle am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg i. Br.*, 1999, p. 103; NANCE, «The regime that FATF built: an introduction to the Financial Action Task Force», *Crime Law Soc Change*, (69), 2018, p. 100.

<sup>27</sup> Cfr. HEINRICH, «§ 261», en ARZT *et al.* (eds.), *Strafrecht. BT*, 3ª ed., 2015, nm. 7. El autor se refiere a las modalidades de lucha contra el BdeC como “el nuevo mundo de la lucha contra la criminalidad”. KNORZ, *Der Unrechtsgehalt des § 261 StGB*, 1996, p. 72 ss.; VERHAGE, *The anti-money laundering complex and the compliance industry*, 2009, p. 15 ss.

<sup>28</sup> ZUBERBÜHLER pone de relieve que, para cumplir con las medidas suficientes de prevención del BdeC, los ciudadanos se transforman, en la práctica, en órganos auxiliares del Estado. ZUBERBÜHLER, «Banken als Hilfspolizisten zur Verhinderung der Geldwäscherei?», en PIETH (eds.), *Bekämpfung der Geldwäscherei. Modellfall Schweiz?*, 1992, p. 38; KNORZ, *Der Unrechtsgehalt des § 261 StGB*, 1996, p. 217. En el mismo sentido, HEINRICH, en ARZT *et al.* (eds.), *Strafrecht. BT*, 3ª ed., 2015, nm. 7. El autor denuncia que a un grupo entero de actividades económicas le es asignada la realización de actividades propias de auxiliares policiales (*Hilfspolizisten*). SÁNCHEZ HUETE, *Tributación, fraude y blanqueo de*

policiales”<sup>29</sup> con la intención de lograr una mayor eficiencia en la contención del BdeC. Concretamente, se analizará de forma crítica, tomando como ejemplo este delito, la forma en que el Estado transforma la naturaleza de los sujetos obligados – castigándolos, además, por vía indirecta– llevándolos a fungir como primera barrera de contención del delito (los denominados *gatekeepers*)<sup>30</sup>, delegándoles las tareas de análisis, comprensión e interrupción de posibles actividades de blanqueo antes que los órganos de investigación judicial aparezcan en escena.

La adecuada comprobación de esta hipótesis requiere la implementación de un análisis de tipo transversal. Así, en el marco de la presente investigación serán consideradas las relaciones existentes entre la Parte General y Especial del Derecho penal, el Derecho administrativo y algunos postulados fundamentales de la sociología referidos a posición de dependencia relativa del Estado contemporáneo frente a la sociedad civil<sup>31</sup>. No obstante, la profundidad con que se presentará y discutirá cada tema estará limitada a reunir aquellos elementos teóricos necesarios para poder abordar dos asuntos fundamentales: en primer lugar, el análisis relativo a si el Estado, en la actual coyuntura legal, ha delegado a los sujetos obligados deberes de adopción de mecanismos de prevención que van más allá del control de los riesgos propios de los negocios<sup>32</sup>. En segundo

---

*capitales: entre la prevención y la represión*, 2019, p. 264. En sentido similar, NIETO MARTÍN, «La privatización de la lucha contra la corrupción.», en ZAPATERO/NIETO MARTÍN, Adán (eds.), *En derecho penal económico en la era compliance*, 2013; BERMEJO, *Prevención y castigo del Blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 250.

<sup>29</sup> Cfr. ZUBERBÜHLER, en PIETH (eds.), *Bekämpfung der Geldwäscherei. Modellfall Schweiz?*, 1992, p. 30; SIEBER, en TIEDEMANN *et al.* (eds.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, 2016, p. 353 ss.; OGBAMICHAEL, *Das neue deutsche Geldwäscherecht*, 2011, p. 31; NIETO MARTÍN, en ZAPATERO/NIETO MARTÍN, (eds.), *En derecho penal económico en la era compliance*, 2013, p. 201ss.

<sup>30</sup> Los llamados *gatekeepers* son intermediarios, dotados de una buena reputación, que proveen a los inversores verificaciones y certificaciones del estado de la empresa. Su tarea consiste en verificar cuentas, cumplimiento normativo y aclarar posibles fallos de gestión de riesgos. COFFEE JR, «Understanding Enron: It's about the Gatekeepers, Stupid», *Columbia Law School. Working Paper*, (207), 2002, p. 7; BERMEJO, *Prevención y castigo del Blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 303.

<sup>31</sup> Como pone de relieve SILVA SÁNCHEZ, la reforma expansiva del delito de BdeC responde a una serie de factores, característicos del proceso general de expansión del derecho penal: la forma irreflexiva como el legislador responde a demandas sociales, un determinado modelo de Estado que apuesta por el Derecho penal como método de solución de conflictos sociales y, también, una sociedad vindictativa, abrumada por la desconfianza y el miedo a los delitos sexuales, financieros, la corrupción, el terrorismo y la criminalidad organizada. SILVA SÁNCHEZ, en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (eds.), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, 2011, p. 132.

<sup>32</sup> En este sentido, BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 278.

lugar, la definición de la naturaleza de dichos deberes delegados, así como de su ubicación en el esquema general de prevención del blanqueo.

Antes de entrar en materia, es necesario realizar algunas precisiones fundamentales acerca del delito objeto de estudio, presentando de forma detallada los problemas dogmáticos que le configuran. Para ello es necesario, en primer lugar, exponer los supuestos y las prácticas actuales de las medidas antiblanqueo que requieren una actuación *cuasi-funcionarial* por parte de los sujetos obligados. De igual forma, es preciso delimitar el injusto específico del delito de BdeC, a fin de ponderar la posible imputación penal de estos sujetos por el incumplimiento de tareas de colaboración.

En este orden de ideas, a continuación se presentarán los conceptos básicos del delito de BdeC y su adopción en el ámbito legal español. Más adelante se discutirá acerca de la ubicación asignada a los particulares en el marco de la política criminal vigente para enfrentarse a este delito, atendiendo a las características de los deberes jurídicos que les son atribuidos. En este punto debe mencionarse que, ni el tipo penal de blanqueo, ni las distintas formas de comisión (imprudencia o comisión por omisión) castigan correctamente a los sujetos obligados cuando infringen dichos deberes de prevención. En otras palabras, es necesario definir adecuadamente la razón por la cual se amenaza a los sujetos obligados con la imposición de una pena: si como consecuencia de su contribución como partícipes en las operaciones de blanqueo o si por la infracción de un deber autónomo de colaboración con el Estado, tal y como sucede en el ámbito de los delitos de omisión del deber de denunciar determinados ilícitos jurídico-penales.

## *2. El delito de blanqueo de capitales: El blanqueo como proceso*

Teniendo en cuenta el gran número de noticias que periódicamente se publican acerca de grandes escándalos de BdeC, no parece necesario dedicar demasiadas líneas de esta investigación a presentar las características de dicho fenómeno<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> Por ejemplo, para mencionar un caso relevante de alcance global, es suficiente recordar el escándalo de los llamados Papeles de Panamá (*Panama Papers*). En 2016, el Consorcio Internacional de Periodistas Investigativos publicó una serie de documentos que demostraban cómo el despacho de abogacía Mossak



En todo caso, resulta adecuado exponer algunos lineamientos básicos sobre el tema, con la finalidad de ofrecer al lector una contextualización breve sobre los aspectos definatorios de este fenómeno criminal. Así pues, siguiendo una definición criminológica clásica, blanquear capitales significa emplear maniobras para hacer que el dinero proveniente de actividades ilícitas pueda ser presentado como las ganancias de una actividad legal. Cómo bien lo ilustra LÖWE-KRAHL, el blanqueo representa el esfuerzo del autor de un delito para presentarse como un verdadero hombre de negocios<sup>34</sup>.

Considerando que gran parte de los réditos de la criminalidad son pagos en efectivo o rendimientos que no pueden ser declarados a las autoridades tributarias, la conversión de estos valores en recursos financieros que aparenten tener un origen legítimo aparece como un elemento esencial para que su poseedor pueda sacar provechos del capital adquirido ilícitamente. O, al menos, para que pueda hacerlo circular en el sistema financiero<sup>35</sup>. Dentro de las técnicas más elementales de BdeC es posible mencionar la consignación del dinero en cuentas bancarias extranjeras registradas a nombre de terceros, la adquisición y operación de negocios que impliquen un alta circulación de efectivo o cuyo control de rendimientos sea dispendioso (como es el caso de hoteles o casas nocturnas). La creación de empresas *pantalla* en paraísos fiscales (las llamadas *off-shore*), así como la utilización de bancos que ofrezcan un bajo control sobre los ingresos en efectivo<sup>36</sup>. En realidad, el proceso que ha llevado al modelo actual de criminalización del BdeC se basa en el análisis y la reflexión en torno a la experiencia empírica obtenida por los cuerpos de investigación especializados, que se encargan de identificar el origen ilícito. Esta experiencia y los

---

Fonseca, en Panamá, organizaba la creación de empresas *offshore* (más de 200 mil) que permitían el blanqueo de capitales o la defraudación tributaria. Un año después, se reportó la existencia de un proceso semejante, en las Islas de Mann, que fue denominado por los medios como *Paradise Papers*. Cf. <https://www.icij.org/investigations/panama-papers/>. Acceso en 20 de marzo de 2020.

<sup>34</sup> Así, LÖWE-KRAHL, «Geldwäsche», en ACHENBACH/RANSIEK (eds.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 3ª ed., 2012, nm. 1.

<sup>35</sup> Vid. LEVI, «Money laundering and its regulation», *Annals AAPSS*, 2002, p. 182.

<sup>36</sup> Vid. BERMEJO, *Prevención y castigo del Blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 170 ss.; LEVI/REUTER, en TONRY (eds.), *The Oxford Handbook of crime and public policy*, 2011, p. 289; LIAO/ACHARYA, «Transshipment and trade-based money laundering», *Journal of Money Laundering Control*, (14 - 1), 2011, p. 81; BLANCO CORDERO, *El delito de Blanqueo de capitales*, 2015, p. 70 ss.; REUTER/TRUMAN, *Chasing dirty money: the fight against money laundering*, 2005; CARTWRIGHT, «Dancing with the evil», (12 - 4), 2010; FERWERDA, *The Multidisciplinary Economics of Money Laundering*, 2012; J. TRAUTMAN, «Following the money: lessons from the Panama Papers», *Penn St. L. Rev.*, (807), 2017; HERZOG/ACHTELIK, «Einleitung», en HERZOG (eds.), *GwG-Komentar*, 2ª ed., 2014, nm. 12 ss.

aprendizajes obtenidos de ella son sintetizados por el ordenamiento jurídico en un modelo conceptual de persecución del BdeC<sup>37</sup>.

Dicho modelo, en efecto, busca describir las fases y procesos utilizados normalmente para hacer reingresar el dinero ilícito a la economía formal, dotado de una apariencia de legalidad. La idea fundamental que justifica una esquematización de este tipo es, sobre todo, entregar a las autoridades competentes herramientas eficientes y depuradas para seguir el rastro del dinero ilegal (*follow the money, papertrail*<sup>38</sup>). Teniendo en cuenta la infinidad de estrategias que pueden ser potencialmente utilizadas para blanquear capitales, LEVI y REUTER sostienen que el BdeC es un proceso “conceptualmente elusivo<sup>39</sup>” y, por ello, difícil de delimitar con precisión<sup>40</sup>. En este punto debe anotarse, además, que la poca originalidad de la literatura a la hora de conceptualizar el delito de BdeC<sup>41</sup> tampoco facilita esta tarea de depuración.

---

<sup>37</sup> Vid. ACKERMANN, *Geldwäscherei - Money Laundering. Eine vergleichende Darstellung des Rechts und der Erscheinungsformen in den USA und der Schweiz*, 1992, p. 8; BERMEJO, *Prevención y castigo del Blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 142.

<sup>38</sup> Así, HEINRICH, en ARZT *et al.* (eds.), *Strafrecht. BT*, 3ª ed., 2015, nm. 2; NEUHEUSER, §261, *MK-StGB*, 2012, nm. 2

<sup>39</sup> Así, LEVI/REUTER, «Money laundering», *Crime and Justice*, (34 - 1), 2006, p. 291. Según los autores, el BdeC puede ser definido, por un lado, como una actividad autónoma o, en cambio, como un elemento de determinadas actividades criminales, esto es, como encubrimiento, conspiración o formación y participación en organizaciones criminales. La última palabra acerca del concepto jurídico dependerá, entonces, de la mayor o menor conexión que pretenda mantenerse respecto a la necesidad de la comprobación del delito precedente.

<sup>40</sup> Cfr. SÁNCHEZ HUETE, *Tributación, fraude y blanqueo de capitales: entre la prevención y la represión*, 2019, p. 22.

<sup>41</sup> En este sentido: BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2015, p. 104. Según el autor, gran parte de la bibliografía trata de “exponer de manera acrítica las definiciones acuñadas hace años”. La observación es correcta. En efecto, según pienso, la poca atención dedicada a deslindar el núcleo de las actividades de blanqueo se refleja en cierta desorientación a la hora de interpretar el injusto del delito. Y, al final, si no se tiene claro el objeto de la regulación, es probable que se diluya el enfoque en conductas que no son esenciales para el blanqueo. En este sentido, estas líneas tienen el objetivo de definir y delimitar los rasgos esenciales del delito de BdeC, tratando de encontrar el elemento central que caracteriza a las operaciones con capital ilícito. GORDON, «Losing the war against dirty money: rethinking global standards on preventing money laundering and terrorism financing», *Duke Journal of Comparative and International Law*, (21 - 3), 2011, p. 522. Una política criminal eficiente necesita, en primer lugar, un objetivo claro para que, tanto la definición típica del delito, como las estrategias de intervención y prevención, sean adecuadas. Cfr. BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 253; VAN KONINGSVELD, «Rethinking the stages of the money laundering process», en UNGER/LINDE (eds.), *Handbook on Money Laundering*, 2013, p. 436. Según este último, “an increase on both theoretical and practical knowledge is essential to successfully combat money laundering”.

En alguna oportunidad, un estudio conducido por la Universidad de Utrecht identificó dieciocho definiciones distintas de BdeC<sup>42</sup> –prácticamente una definición por cada autor de referencia consultado–. Pese a esta multiplicidad, se observó que todas las definiciones se estructuran alrededor de tres elementos: *una actividad* (actos, procesos, adquisición, transferencias), *un objeto* (bienes provenientes de delitos, propiedad ilegal) y *una finalidad* (ocultar o disimular el origen ilícito, conferir apariencia de legalidad, reintroducir el capital en la economía)<sup>43</sup>. De este modo, es posible construir una definición unificada, basada en los elementos comunes de las definiciones consideradas: el blanqueo se identifica como una secuencia de operaciones<sup>44</sup> sobre bienes obtenidos a partir de la comisión de delitos, con la finalidad de desdibujar el real origen ilícito para conferirle al capital ilícito una apariencia justificada que permita su circulación en el mercado legal.

Adicionalmente, es posible destacar dos elementos claves para definir el BdeC: la *disimulación* y el *proceso*, entendido este último concepto como la secuencia de actos que van, paso por paso, perfeccionando la disimulación. Así, en primer lugar, la fenomenología del BdeC indica que, especialmente en los casos de grandes sumas de capital ilícito, un sólo hecho puntual no es suficiente para aportar apariencia de legalidad. En la mayoría de los casos es necesario llevar a cabo diversas operaciones sobre este capital hasta obtener las condiciones necesarias para poder integrarlo en el mercado legal sin levantar sospechas acerca del origen ilícito<sup>45</sup>. Por ello, el BdeC suele ser definido como un proceso

---

<sup>42</sup> Vid. UNGER *et al.*, *The amounts and the effects of money laundering. Report for the Ministry of Finance*, 2006, p. 20. Los autores del estudio reunieron y clasificaron las definiciones de las siguientes instituciones: Unión europea, Naciones Unidas, GAFI, Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial, Interpol, IOSCO, IFAC, Australian Institute of Criminology Research and Public Policy Series, Conference on Global Drugs Law (1997), Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime (1990), Reagan Administration report, y las definiciones de científicos (Kleemans, Brienen and van de Bunt, Savona; Graham; van Duyne; Walker; y Cuéllar).

<sup>43</sup> Cfr. UNGER *et al.*, *The amounts and the effects of money laundering. Report for the Ministry of Finance*, 2006, p. 33.

<sup>44</sup> Vid. MEER, «Begriff, Phänomen und Erscheinungsformen der Geldwäsche», en HERZOG/MÜLHAUSEN (eds.), *Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung*, 2006, nm. 2; BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 150 ss.

<sup>45</sup> Tal y cómo ilustra FABIÁN CAPARRÓZ, “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 (...) no parece que la última meta perseguida –la 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

que, en cierta medida, reproduce las tres fases inicialmente estipuladas por el GAFI<sup>46</sup>. Con una intención mucho más didáctica que práctica<sup>47</sup>, este órgano recurrió a un modelo *trifásico* para describir la secuencia de operaciones que normalmente caracterizan el proceso de blanqueo: a saber, la colocación (*placement*) y disimulación (*layering*) del capital ilícito, así como la integración (*integration*) del mismo en la circulación económica –ahora con apariencia de legalidad–<sup>48</sup>.

La primera fase mencionada implica la introducción del capital en efectivo en el sistema bancario. Se trata del momento de mayor riesgo para el autor del delito, pues todavía es posible identificar con facilidad la conexión existente entre el capital y el autor del ilícito antecedente<sup>49</sup>. La segunda etapa (*layering*, traducida a menudo como “ensombrecimiento” por la literatura española<sup>50</sup>) está configurada por transacciones sucesivas, llevadas a cabo con el capital, para “limpiarlo” de forma progresiva. En otras palabras, se busca eliminar los vínculos del capital con su origen verdadero<sup>51</sup>. Se trata de maniobras de engaño, fraude y/o disimulación, que tienen por finalidad esconder el origen del dinero y que, paradójicamente, son a menudo contrarias a la racionalidad que ordena las transacciones económicas ordinarias<sup>52</sup>. Evidentemente, estas maniobras de “ensombrecimiento” son el principal obstáculo con el que debe enfrentarse la administración pública al momento de intentar identificar el delito antecedente y proceder al decomiso de los bienes vinculados. Finalmente, la última etapa del proceso de blanqueo es la integración del capital –despojado de cualquier señal

---

de ingresos, o la ilegalidad de su procedencia o su destino, a fin de simular su auténtica naturaleza y así conseguir que parezcan legítimos”” (*El delito de blanqueo de capitales*, 1998, p. 50).

<sup>46</sup> Cfr. <https://www.fatf-gafi.org/faq/moneylaundering/>. Acceso en 10 de noviembre de 2020.

<sup>47</sup> ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, 2000, p. 41; BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2015, p. 78.

<sup>48</sup> Con detalles a respecto, vid. HÖLSCHER *et al.*, *Systeme zur Geldwäschebekämpfung in der EU*, 2011, p. 30 ss.

<sup>49</sup> Es lo que se suele llamar “*accounting trail*”. Cfr. VAN KONINGSVELD, en UNGER/LINDE (eds.), *Research handbook on money laundering*, 2013, p. 438. HÖLSCHER *et al.*, *Systeme zur Geldwäschebekämpfung in der EU*, 2011, p. 32.

<sup>50</sup> Así, BLANCO LOZANO, «El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas en el ordenamiento penal español», en COBO DEL ROSAL (eds.), *Revista de Derecho Público. Comentarios a la legislación penal. (Reformas sobre tráfico de drogas, secreto de las comunicaciones y conducción de ciclomotores)*. Tomo XVII, 1996, p. 65; CEVALLOS TORRES, *Blanqueo de capitales y principio de lesividad*, 2014, p. 127.

<sup>51</sup> Vid. MEER, en HERZOG/MÜLHAUSEN (eds.), *Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung*, 2006, nm. 6 ss.

<sup>52</sup> Vid. DIONYSOPOULOU, *Der Tatbestand der Geldwäsche*, 1999, p. 3. La definición del autor subraya la importancia del elemento de fraude en el proceso de blanqueo, entendido como la realización de maniobras de defraudación (*Täuschungsmanöver*).

que pueda delatar su origen ilícito— al ámbito de las relaciones económicas legales<sup>53</sup>.

Como ya he afirmado, las tres fases que se acaban de describir hacen parte de una construcción más teórica que real. Sin embargo, este modelo ha logrado obtener el consenso de la doctrina y, actualmente, es posible sostener sin recelos que el delito de BdeC es definido como el proceso, el *iter*, en el cual se conjugan las conductas de varios intervinientes: tanto el comportamiento doloso del autor del delito precedente y de los blanqueadores profesionales, como la participación de los sujetos obligados, cuya actividad profesional es utilizada de forma indebida para la introducción del capital ilícito en el sistema económico-financiero<sup>54</sup>.

La comprensión del BdeC por parte del lego se encuentra, entonces, estrechamente vinculada a la definición criminológica que de este delito se ofrece. Como se desprende lógicamente de la definición adoptada en el párrafo anterior, se trata de la descripción e interpretación fenomenológica de este crimen, entendido como estrategia ineludible de los criminales para consolidar su patrimonio y hacer circular la riqueza generada por el delito. En este sentido, la definición criminológica que aquí se presenta difiere de la definición legal contenida, tanto en la regulación del art. 301 CP, como en las normas administrativas de prevención.

Aunque, en efecto, la redacción del tipo pretende ser restringida y atender al principio de taxatividad, el Derecho penal no ha encontrado hasta el momento una fórmula que le permita condensar el proceso de blanqueo en una descripción objetiva de conductas punibles que sea, justamente, restringida y clara.

EE. UU. abogó desde un primer momento por la penalización del BdeC y, por lo tanto, fue el primer ordenamiento jurídico en definirlo legalmente como el “proceso por el cual alguien oculta la existencia, el origen ilícito o la aplicación ilegal de ingresos y entonces disimula dichos ingresos para hacer que parezcan lícitos”<sup>55</sup>. En términos jurídicos esta definición estadounidense sentó las bases

---

<sup>53</sup> Cfr. DIONYSOPOULOU, *Der Tatbestand der Geldwäsche*, 1999, p. 9.

<sup>54</sup> Así, FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, 1998, p. 144 ss.

<sup>55</sup> El *Money Laundering Control Act*, de 1986, definió el blanqueo de capitales por primera vez como “*a process by which one conceals the existence, illegal source, or illegal application of income, and then disguises that income to make it appear legitimate*”. La definición es resultado de la propuesta de la Comisión de lucha contra el crimen organizado, que terminó siendo adoptada por el parlamento

del modelo de control del BdeC que se ha implementado en la mayoría de Estados desde entonces<sup>56</sup>.

A parte de las definiciones criminológicas, algunos comentadores del tipo penal de BdeC resaltan el papel fundamental que tienen los sujetos obligados al momento de construir una definición adecuada del tipo. SCHMIDT y KRAUSE, por ejemplo, señalan que el blanqueo es, fenomenológicamente, una cadena de operaciones de camuflaje del origen ilícito *por vía del mercado financiero legal*, para evadir el proceso penal y garantizar el valor económico de los bienes<sup>57</sup>.

Es por esto que, en lo atinente a los deberes de prevención impuestos a los particulares, el modelo teórico trifásico del GAFI sirve para poner de relieve que, tanto la instrumentalización del sistema financiero, como del mercado legal de servicios, son los medios predilectos para llevar a cabo las fases que constituyen el núcleo central de un proceso de blanqueo de capitales<sup>58</sup>. Así, no cabe duda acerca de la importancia que tienen determinados agentes del sector privado –en concreto, los sujetos obligados– en su función de *gatekeepers*<sup>59</sup> en el marco del desarrollo de operaciones de transferencia de bienes.

### 3. Contexto internacional: la creciente inclusión de los particulares en la prevención del blanqueo

Como ya se advirtió al principio de este capítulo, la literatura relativa a los aspectos esenciales del BdeC es sumamente amplia. Así, procurando que el

---

norteamericano. (*President's Commission on Organized Crime: The Cash Connection: Organized Crime, Financial Institutions, and Money Laundering*, US Government Printing Office, Washington D.C., 1984). GURULE, «The Money Laundering Control Act of 1986: creating a new federal offense or merely affording federal prosecutors an alternative means of punishing specified unlawful activity?», *Scholarly Works*, (21), 1995, p. 824.

<sup>56</sup> La doctrina en España suele definir el BdeC como el “proceso o conjunto de operaciones mediante el cual los bienes o el dinero resultantes de actividades delictivas, ocultando tal procedencia, se integran en el sistema económico y financiero”. FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, 1998, p. 46. En el mismo sentido: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *EL blanqueo de capitales en el Derecho español*, 1999, p. 5; BERMEJO, *Prevención y castigo del Blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 148; BLANCO CORDERO, *El delito de Blanqueo de capitales*, 2012, p. 103.

<sup>57</sup> Así, SCHMIDT/KRAUSE, «§261», *LK-StGB*, 2010, nm. 14.

<sup>58</sup> Como aclara FABIÁN CAPARRÓS de forma gráfica: “En términos generales, la riqueza sucia se remite líquida –no es preciso su traslado físico; la figura del ‘hombre del maletín’, aunque subsiste, se encuentra en franca regresión– a fin de acomodarla mediante la adquisición de activos financieros, en forma de depósitos bancarios o bajo la cobertura de una o varias sociedades instrumentales”. (*El delito de blanqueo de capitales*, 1998, p. 107).

<sup>59</sup> DIERGARTEN/BARRETO DA ROSA, *Praxiswissen Geldwäscheprävention*, 2015, nm. 11.

estudio de la evolución histórica y de las características generales de este delito no se haga repetitivo, me interesa especialmente describir el modo en el que el sistema de prevención del BdeC se ha desarrollado, haciendo un énfasis particular en la transformación sufrida por los particulares hasta convertirse en un elemento indispensable para el buen funcionamiento de este sistema de control. Así, en el presente apartado pretendo analizar brevemente esta evolución, para ilustrar claramente lo que algún autor ha denominado “giro copernicano<sup>60</sup>” hacia la centralidad de los sujetos obligados y del Derecho penal para garantizar adecuadamente los intereses económicos del Estado.

Como es conocido, las operaciones BdeC empiezan a presentarse como estrategia criminal en el marco de las actividades de Al Capone en la década de los años 20 en los Estados Unidos<sup>61</sup>. En una época en la cual pocas personas disponían de lavadoras domésticas, el mafioso se valía de un negocio de lavandería que movía grandes cantidades en efectivo, lo cual hacía posible disimular el origen del capital obtenido con la evasión de impuestos y con la venta ilegal de alcohol durante los años de la denominada “ley seca”<sup>62</sup>. En este contexto surge la expresión *money laundering*<sup>63</sup> que se consolida como la etiqueta por excelencia

---

<sup>60</sup> Así, JEKEWITZ, en HERZOG/MÜLHAUSEN (eds.), *Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung*, 2006, p. 63.

<sup>61</sup> UNGER, «Money Laundering regulation: from Al Capone to Al Qaeda», en UNGER/VAN DER LINDE (eds.), *Handbook on Money Laundering*, 2013, p. 19; WIRTZ, *Das “Al Capone” Prinzip. Risiken und Chancen einer “Gewinnabschöpfung durch Besteuerung” nach dem Steuerverkürzungsbekämpfungsgesetz*, 2006, p. 68.

<sup>62</sup> Esta popular aclaración del origen del delito de BdeC recuerda las transacciones ideadas por Meyer Lansky en los años 30. El contable se aprovechaba de la estricta regulación del secreto bancario de Suiza para desarrollar un complejo sistema de sociedades pantalla, holdings, casinos y negocios que involucrasen altos valores en efectivo –entre ellos las *laundromats*, lavanderías comerciales– para legitimar la reinserción de ganancias ilícitas de organizaciones criminales en la economía formal. De otro lado, el BdeC como delito llamó aún más la atención de la sociedad norteamericana tras el escándalo del caso *Watergate* en 1972. Según las denuncias, además de otras actividades ilícitas de corrupción y extorsión, el presidente Richard Nixon habría manejado dinero negro/ilícito, utilizado para la financiación de su campaña electoral, a través de complejas operaciones de BdeC por medio de la compensación de cheques entre distintas instituciones bancarias mexicanas y norteamericanas. HÖLSCHER *et al.*, *Systeme zur Geldwäschebekämpfung in der EU*, 2011, p. 8; KOSLOWSKI, *Harmonisierung der Geldwäschestrafbarkeit in der Europäische Union*, 2015, p. 47; HERZOG, «§ 261», en NESTLER/HERZOG (eds.), *Geldwäschegesetz*, 2ª ed., 2014, n. 2.

<sup>63</sup> La doctrina española ha criticado frecuentemente el uso de la expresión “Blanqueo de capitales”, porque implicaría incorporar a la terminología penal un término característico de la jerga criminal o, sencillamente, por el carácter políticamente inadecuado del uso del término “blanqueo”, que podría tener connotaciones racistas. Otros ordenamientos hispanohablantes han adoptado traducciones más literales del inglés, como lavado de dinero o lavado de activos (es el caso, por ejemplo, de Argentina o Perú). Sin embargo, esta parece ser una discusión ya superada, puesto que la expresión discutida ha sido incorporada al diccionario de la RAE como descripción del fenómeno criminal. Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 2019, p. 600; BLANCO CORDERO, *El*

para hacer referencia a los procesos de disimulación del origen ilícito del capital y su posterior reinserción en el sistema financiero.

Ajena al particular proceso de EE.UU., Italia se convirtió, en el año 1970, en el primer país en criminalizar el BdeC como parte integral de una estrategia interna dirigida a enfrentar la creciente amenaza de la mafia<sup>64</sup>. Sin embargo, no es hasta la década de los noventa del siglo pasado que se inicia un movimiento internacional de penalización del BdeC, respondiendo a una estrategia unificada de política criminal en el combate contra el tráfico organizado de drogas y de aquellas formas de criminalidad que pudieran generar rendimientos económicos ilícitos<sup>65</sup>. Todo esto, como respuesta al impulso directo de EE.UU.<sup>66</sup>

En efecto, la marcada liberalización de los mercados financieros<sup>67</sup> –que facilita la circulación transfronteriza, no solo de capital lícito, sino también ilícito– y la aparición de las primeras señales de agotamiento de la “guerra contra las drogas” del gobierno norteamericano en la década de los 90, constituyeron el marco definitivo para erigir al delito de BdeC como tema central en la agenda de regulación global de la delincuencia organizada<sup>68</sup>. Esta tendencia se extendió, más adelante, al modelo de lucha contra todas las formas de criminalidad<sup>69</sup> y de

---

*delito de Blanqueo de capitales*, 2015, p. 102; ABEL SOUTO, *El blanqueo de dinero en la normativa internacional. Especial referencia a los aspectos penales*, 2002, p. 40; GÓMEZ INIESTA, *El delito de Blanqueo de capitales en Derecho español*, 1996, p. 20. Al fin y al cabo, independientemente de lo inadecuado que puede resultar eventualmente el *nomen juris*, hay que aceptar que este termino se ha impuesto en la literatura penal, y permite a todos los operadores jurídicos –a nivel nacional e internacional– relacionarlo inmediatamente con las operaciones de disimulación del origen ilícito del dinero.

<sup>64</sup> Así, BODRERO, «An alternative method to combat the mafia: confiscation of criminal assets», en SCHÖNENBERG (eds.), *Transnational organized crime*, 2013.

<sup>65</sup> HERZOG/CHRISTMANN, «Geldwäsche und “Bekämpfungsgesetzgebung”- Ein Plädoyer für rechtsstaatliche Sensibilität», *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, (1), 2003, p. 7.

<sup>66</sup> Como señala UNGER, reputada conocedora del tema: “Laundering regulation was mainly the result of a failed US war on drugs”. UNGER, en UNGER/VAN DER LINDE (eds.), *Handbook on Money Laundering*, 2013, p. 19.

<sup>67</sup> DEL CARPIO DELGADO, «La normativa internacional del Blanqueo de capitales: análisis de su implementación en las legislaciones nacionales. España y Perú como caso de estudio», *Estudios penales y criminológicos*, (XXXV), 2015, p. 658.

<sup>68</sup> Así, ARNONE/BORLINI, L, «International Anti-Money Laundering Programs», *Journal of Money Laundering Control*, (13 - 3), 2010, p. 227; LEVI/REUTER, en TONRY (eds.), *The Oxford Handbook of crime and public policy*, 2011, p. 357; UNGER, en UNGER/VAN DER LINDE (eds.), *Handbook on Money Laundering*, 2013, p. 19.

<sup>69</sup> De hecho, el delito de BdeC se introduce en Alemania por medio de la Ley de combate a la criminalidad organizada, la *Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität – OrgKG*, editada en 1992. NEUHEUSER, *MK-StGB*, 2012, nm. 4; HERZOG, en NESTLER/HERZOG (eds.), *Geldwäschegesetz*, 2ª ed., 2014, nm. 3.



financiación del terrorismo –definiendo, incluso, los rasgos del modelo actual de control–.

En estos términos, el objetivo de la penalización del blanqueo ha sido –ya desde sus etapas iniciales– la desarticulación de redes de delincuencia organizada, partiendo del bloqueo (congelamiento) y decomiso de bienes<sup>70</sup> y de la disminución de los estímulos para la comisión de delitos antecedentes (tráfico de drogas, corrupción, etc.). Gráficamente, la incriminación del BdeC fue presentada como un refuerzo a la actividad investigativa y policial en el marco del combate contra delitos que involucran grandes sumas de capital. Si no es posible desarticular sus operaciones en el origen (es decir, capturando a los miembros de la banda organizada o evitando la comisión de delitos), la opción más acertada es intervenir el último eslabón de la cadena criminal, decomisando las ganancias obtenidas en el desarrollo de su actividad ilícita<sup>71</sup>. En consecuencia, la función procesal de la investigación de delitos precedentes y el decomiso de ganancias ilegales se encuentra intrínsecamente vinculada, desde sus inicios, a la penalización del BdeC<sup>72</sup>.

Siguiendo adelante con el análisis, un factor determinante al momento justificar la creación del sistema de prevención del blanqueo es el reconocimiento de los múltiples límites jurídicos que deben enfrentar los órganos policiales de investigación al intentar acceder a informaciones sobre inversiones y circulación de los bienes obtenidos con el desarrollo de la actividad criminal. En especial, el secreto bancario<sup>73</sup> y los engorrosos trámites burocráticos de cooperación internacional.

---

<sup>70</sup> Al respecto, vid. LEVI/REUTER, en TONRY (eds.), *The Oxford Handbook of crime and public policy*, 2011, p. 374 ; BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 275; KNORZ, *Der Unrechtsgehalt des § 261 StGB*, 1996, p. 72.

<sup>71</sup> Cfr. HEINRICH, «§ 261» en ARZT *et al.* (eds.), *Strafrecht. BT*, 3ª ed., 2015, nm. 2. S. Este autor señala que el BdeC afecta el “*Lebensblut*”, la sangre vital de la criminalidad organizada. SITTLINGTON/HARVEY, «Prevention of money laundering and the role of asset recovery», *Crime Law Soc Change*, (70), 2018, p. 424; BODRERO, en SCHÖNENBERG (eds.), *Transnational organized crime*, 2013, p. 278.

<sup>72</sup> Vid. GURULE, *Scholarly Works*, (21), 1995, p. 826; FERNANDEZ TERUELO, «El comiso con particular referencia a su incidencia en el delito de blanqueo de capitales (a raíz de la reforma del Código penal operada por la L.O. 5/2010)», en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (eds.), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, 2011, p. 116.

<sup>73</sup> Así, ACKERMANN, *Geldwäscherei - Money Laundering. Eine vergleichende Darstellung des Rechts und der Erscheinungsformen in den USA und der Schweiz*, 1992, p. 54.

Históricamente, el sistema jurídico antiblanqueo nace como un conjunto de medidas dirigidas a involucrar a las instituciones financieras en la tarea de prevención del BdeC, especialmente por medio del envío de informaciones a las autoridades sobre transacciones sospechosas de sus clientes. De hecho, uno de los propósitos iniciales de las Unidades de Inteligencia Financiera fue, precisamente, permitir la remisión de informaciones –protegidas tradicionalmente por el secreto bancario– y promover el intercambio eficiente de información a nivel internacional<sup>74</sup>.

En este contexto, el primer tratado internacional que incluyó la incriminación del BdeC –la Convención de Viena de 1988<sup>75</sup>– se enfocó en la desarticulación de las redes de tráfico internacional de drogas, dando seguimiento a la estrategia iniciada con anterioridad por EE.UU. Las directivas europeas que se emitieron con posterioridad a la entrada en vigencia de este tratado internacional buscaron, en primera línea, unificar las medidas de prevención del BdeC, con el propósito de estandarizar los diferentes modelos de nacionales incriminación del delito<sup>76</sup> y, en consecuencia, facilitar la cooperación internacional<sup>77</sup>.

La primera Directiva Europea<sup>78</sup> –diseñada en 1991 para definir conceptualmente el delito de BdeC– adoptó términos similares a los utilizados por la Convención de Viena. En este sentido, el texto europeo entendía al BdeC como un fenómeno vinculado al tráfico de drogas y sólo imponía deberes de prevención al sector financiero. Es preciso resaltar que la implementación de las medidas contenidas

---

<sup>74</sup> Con detalles, ANDERSON/ANDERSON, «Anti-Money Laundering: History and Current Developments», *Journal of International Banking Law and Regulation*, (30 - 10), 2015, p. 522. Incluso antes de crear el delito de BdeC, el Congreso norteamericano aprobó, en 1970, la Ley de Secreto Bancario (*Bank Secrecy Act*), con el objetivo de flexibilizar las reglas de secreto bancario y, así, obligar al envío de informaciones de los clientes y, con ello, allanar el camino para la implementación de las políticas de prevención del blanqueo. En esta misma Ley se creó la Unidad de Inteligencia Financiera de EE. UU., el FinCen (*Financial Crime Enforcement Network*), adscrito al Ministerio de Economía.

<sup>75</sup> Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988.

<sup>76</sup> Como sostiene BERMEJO, los primeros esfuerzos dirigidos a la creación de un delito de BdeC apuntaban a la “creación de un nuevo paradigma” sobre la circulación de bienes de procedencia ilícita. BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 263.

<sup>77</sup> Cfr. PIETH, «Internationale Harmonisierung von Strafrecht als Antwort auf transnationale Wirtschaftskriminalität», *ZStW*, (109 - 4), 1997, p. 767; VOGEL, Joachim, *ZStW*, (2 - 109), 1997; KOSLOWSKI, *Harmonisierung der Geldwäschestrafbarkeit in der Europäischen Union*, 2015, p. 102. GUINARTE CABADA, «La política criminal de la Unión Europea en materia de blanqueo de capitales», *IV Congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, 2014, p. 239.

<sup>78</sup> Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991.

en la primera convención internacional se centró en la imposición de deberes a las instituciones financieras, concretamente en el desarrollo de su papel en la lucha internacional contra el tráfico de drogas<sup>79</sup>. En España, el inicio de la lucha contra el delito de BdeC se dio en 1988<sup>80</sup>, con la creación del art. 546 bis f) CP<sup>81</sup>, inspirado en las discusiones preparatorias de la Convención de Viena de 1988<sup>82</sup>. Sin embargo, la regulación sistematizada de los deberes de los sujetos obligados no fue publicada hasta 1993<sup>83</sup>.

Los gobiernos estatales no tardaron en reconocer que, tanto el sistema de remisión de informaciones, como la mayor integración con los bancos, podían servir para identificar muchos más delitos precedentes y, de igual forma, podrían tener un papel relevante en la lucha contra el fraude fiscal<sup>84</sup>. En España, el Código penal de 1995 rompió definitivamente el vínculo exclusivo entre conductas de blanqueo y el delito antecedente de tráfico de drogas<sup>85</sup>. Con ello se

---

<sup>79</sup> En esta fase hay una consolidación jurídica de los estándares de regulación jurídico penal del BdeC. BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 264.

<sup>80</sup> Por esa razón, el art. 546 bis f) de 1988 preveía una forma aún rudimentaria del delito, basada en la adquisición, recibimiento o cualquier modo de aprovechamiento de las ganancias resultantes del tráfico de drogas (de los delitos previstos en los arts. 344 y 344 bis b del Código Penal revocado).

<sup>81</sup> “Artículo 546 bis f: El que con conocimiento de la comisión de alguno de los delitos regulados en los artículos 344 a 344 bis b) de este Código recibiere, adquiriere o de cualquier otro modo se aprovechara para sí o para un tercero de los efectos o ganancias del mismo, será castigado con prisión menor y multa de un millón a 100 millones de pesetas.

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

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

Serán aplicables a los supuestos contemplados en este precepto las disposiciones contenidas en el artículo 344 bis e) del presente Código. (Artículo incorporado por L.O. 1/1988, de 24 de marzo).

<sup>82</sup> El texto de la Convención puede ser encontrado en: [https://www.unodc.org/pdf/convention\\_1988\\_es.pdf](https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf).

<sup>83</sup> La Ley 19/1993, de 18 de diciembre, fue aprobada para dar cumplimiento a la primera Directiva Europa antiblanqueo, y sólo fue reglamentada dos años más tarde con la promulgación del Real Decreto 925/1995.

<sup>84</sup> Cfr. CHAIKIN, «Money laundering and tax evasion – The assisting of the banking sector», en ABLÄNDER/HUDSON (eds.), *The Handbook of Business and Corruption*, 2017, p. 238 ss. Véase, asimismo, el documento producido por la OCDE, *Improving Access to Bank Information for Tax Purposes*, 2000, disponible en: <http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/2497487.pdf>. Acceso en 23.11.2020. En España se sostiene que el sistema de prevención de BdeC estuvo dirigido, desde sus orígenes, a combatir el fraude fiscal. Así, GARCÍA NORIEGA, *Blanqueo y antiblanqueo de capitales: cómo se lava el dinero, cómo se combate el lavado*, 2010, p. 320.

<sup>85</sup> El Código Penal de 1995, por medio del art. 301 CP “emancipa” al tipo de blanqueo de capitales del delito de receptación (BERDUGO/FABIAN CAPARRÓS, en NÚÑEZ PAZ *et al.* (eds.), *Un derecho penal comprometido: libro homenaje al Prof. Gerardo Landrove Díaz*, 2011, p. 129). De otro lado, la redacción

amplió el abanico de delitos precedentes y pasó a entenderse el delito de BdeC como mecanismo de incautación de las ganancias generadas con la comisión de delitos precedentes –denominados en ese entonces delitos graves– que no se limitaban al tráfico de drogas.

Sin embargo, los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 en EEUU constituyeron el verdadero punto de inflexión para el desarrollo y expansión de las políticas de prevención del BdeC. Y para la exigencia de la colaboración efectiva por parte de los sujetos obligados. Cuando ocurrieron los hechos terroristas las negociaciones de la 2ª Directiva europea de BdeC ya estaban en curso. Dichos atentados aceleraron la aprobación de la directiva, que incluyó temas hasta entonces controvertidos, como por ejemplo la ampliación del listado de los sujetos obligados y del número de las medidas intensificadas de diligencia debida y monitoreo de clientes<sup>86</sup>. En consecuencia, a partir de 2001, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas<sup>87</sup>, al igual que muchas otras jurisdicciones, adoptaron un concepto amplio de la estrategia *follow the money*, con el objetivo de identificar las fuentes de financiación del terrorismo. La red de informaciones

---

del art. 301 CP representa una considerable expansión del alcance del tipo, ampliando las hipótesis del blanqueo hasta abarcar los rendimientos de todos los delitos de naturaleza *grave*. En ese entonces, aunque no de forma unánime (en contra, por ejemplo, COBO DEL ROSAL/ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, *Blanqueo de capitales: abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios*, 2005, p. 70), la reforma parece haber sido bien recibida por parte de la doctrina. La razón de este acuerdo se encuentra en el hecho de que la reforma extendía la gama de delitos antecedentes, pero manteniendo un nivel mínimo de exigencia de gravedad de la conducta (cfr. FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, 1998, pp. 329, 385; ABEL SOUTO, *El delito de blanqueo en el Código penal español*, 2005, p. 225; SUAREZ GONZALEZ, «Blanqueo de capitales y merecimiento e pena», *Revista Chilena de Derecho*, (22 - 2), 1995. El argumento a favor de la ampliación a todos los delitos graves era evitar que el rol de delitos antecedentes produjera alguna laguna de punibilidad, que quedara superado por nuevas fuentes de blanqueo de capitales o que fuese sometido a constantes reformas para ser actualizado con las prácticas del crimen organizado –tal y como ocurre hoy en día en Alemania–. ABEL SOUTO, *El delito de blanqueo en el Código penal español*, 2005, p. 226 ss. En efecto, el argumento de estos autores cobra sentido cuando observamos la disposición del tipo de blanqueo de capitales alemán, cuyo catálogo de delitos antecedentes ha sido modificado diecinueve veces desde 1992. Cfr. ALTENHAIN, «§261», *NK-StGB. Band III*, 2005, nm.2. En sentido contrario se expresaba GÓMEZ INIESTA, para quien la referencia genérica a la expresión “delito grave” ya representaba una vulneración del principio de determinación de la norma penal. Para este autor, un legislador riguroso debería haber incluido grupos de delitos –que efectivamente representasen peligrosidad y frecuencia– como antecedentes del blanqueo. GÓMEZ INIESTA, *El delito de blanqueo de capitales en Derecho español*, 1996, p. 47. Esto mismo parecía formular PALMA HERRERA (*Los delitos de blanqueo de capitales*, 2000, p. 567). Las sanciones por la comisión del BdeC también fueron extendidas, incluyéndose la inhabilitación para el ejercicio de determinadas profesiones y cargos. El art. 301.3 CP consagró la previsión del blanqueo por imprudencia grave en el Código Penal, con un ámbito significativamente más amplio de afectación, pues la previsión de la imprudencia fue extendida a todos los delitos antecedentes de naturaleza grave.

<sup>86</sup> Cfr. SHAUGHNESSY, «The New EU Money-Laundering Directive: Lawyers as Gatekeepers and Whistleblowers», *Law and Policy in International Business*, (34 - 1), 2002, p. 31.

<sup>87</sup> Resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas n. 1373/2001.

que existía para monitorear y perseguir dinero ilícito vinculado con sistemas de blanqueo se adaptaba perfectamente a esta finalidad.

Esta compleja coyuntura global fue el escenario de la publicación, en noviembre de 2001, de la 2ª Directiva europea antiblanqueo<sup>88</sup> con el objetivo de introducir en la Unión Europea los principios de prevención del BdeC establecidos por las 40 recomendaciones del GAFI<sup>89</sup>. No es entonces fortuito que, justo en este momento, se haya iniciado en Europa un giro en el tratamiento de este delito y de las respectivas medidas de prevención enfocadas en el sistema financiero. Así, como consecuencia de una combinación de *hard law* y *soft law*<sup>90</sup>, los países europeos fueron llamados a ampliar el catálogo de delitos antecedentes<sup>91</sup> (el BdeC ya no sería considerado un delito asociado exclusivamente al tráfico de drogas), al igual que el listado de las actividades económicas y de las profesiones consideradas sujetos obligados<sup>92</sup>. En definitiva, la regulación de los países de la Unión Europea empezó a acercarse a la lógica de tipo utilitarista propia del

---

<sup>88</sup> Directiva 2001/97/EC del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de diciembre de 2001, actualizando la Directiva 91/308/EEC relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el Blanqueo de capitales

<sup>89</sup> A pesar de que las recomendaciones del GAFI no son vinculantes, este grupo ejerce una presión importante sobre los países. Las evaluaciones nacionales y los listados de adecuación de los ordenamientos nacionales a las medidas de prevención del blanqueo pueden influir sustancialmente en la participación de los bancos en el sistema financiero internacional, así como en el coste general de las transacciones internacionales. Entre mayor sea el riesgo del país, mayores serán las tasas de interés y los costes de *compliance* de cada transacción. DUYNE, Petrus C. van *et al.*, *The critical handbook of money laundering. Policy, analysis and myths*, 2018, p. 252.

<sup>90</sup> Cfr. FISCHER, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetze*, 60ª ed., 2013, p. 1845; ETCHEBERRY, «La regulación internacional del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo», en AMBOS/CARO CORIA (eds.), *Lavado de activos y compliance: perspectiva internacional y derecho comparado*, 2015, p. 131. Las reglas de *soft law* son normas no vinculantes elaboradas por organismos supraestatales, pero que influyen de modo determinante, tanto en la creación interna de leyes, como en la dinámica de integración de los actores internacionales. Según MACHADO, las reglas de *soft law* proliferan desde los años 80, asumiendo variadas formas, tales como declaraciones, códigos de conducta, resoluciones de organismos internacionales, planes de acción, patrones de performance y recomendaciones. De hecho, las reglas de *soft law* son los cimientos de toda la regulación antiblanqueo, especialmente por medio de las reglas editadas por el Grupo de Acción Financiera Internacional – GAFI. Además, el conjunto de reglas de lucha contra el BdeC conforma uno de los ejemplos más potentes de interacción entre *hard law* y *soft law*. Como señala esta autora, dichas reglas deben enfrentarse constantemente con sus características aparentemente contradictorias: de un lado, su falta de vinculatoriedad por fuerza de ley y, de otro, su potente capacidad de vinculación y cumplimiento “espontáneo” a nivel mundial. MACHADO, «Similar in Their Differences: Transnational Legal Processes Addressing Money Laundering in Brazil and Argentina», *Law and Social Inquiry*, (37 - 2), 2012, p. 336.

<sup>91</sup> Fase de ampliación de los estándares normativos de regulación jurídico penal del BdeC (*all crime principle*). Vid. BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 266.

<sup>92</sup> Bastante crítico sobre la influencia del *soft law*, en general, y del GAFI en particular, en el desarrollo actual del Derecho penal, FEJOO SÁNCHEZ, «¿Transformación del Derecho Penal por la protección de la estabilidad financiera internacional como bien jurídico global?», *AFDUAM*, (16), 2012, p. 131.

GAFI. Dicha lógica se basa en la idea de acuerdo con la cual resulta más barato y eficiente definir jurídicamente que los particulares realicen la labor de prevención<sup>93</sup>, incluyendo muchos más sujetos –aparte de los bancos– para este fin. Atendiendo a este razonamiento, a profesiones y actividades como aquellas de los notarios, los abogados<sup>94</sup>, las aseguradoras, los fondos de pensión e inversión, las inmobiliarias, los asesores fiscales y casinos les fueron asignados deberes de prevención del BdeC.

No obstante, no debe olvidarse que, antes del 11 de septiembre de 2001, los gobiernos ya habían intentado implementar políticas más intensivas de diligencia debida (*know your client*) y de colaboración de los bancos. Sin embargo, las reglas de secreto bancario y el *lobby* de este sector habían impedido el éxito de estos intentos<sup>95</sup>. Por ello, la inclusión de la prevención de la financiación del terrorismo fue el elemento determinante para lograr que, medidas tan cuestionables en términos de respeto por derecho de privacidad, fueran implementadas de forma más o menos pacífica. Es decir, sin resistencia significativa provenientes de la sociedad o de los agentes económicos<sup>96</sup>.

En los años que siguieron a la publicación de la 2ª Directiva fue posible evidenciar un cambio fundamental en el enfoque del sistema de prevención del BdeC: partiendo de un objetivo central –consistente en dismantelar las organizaciones criminales–, el sistema se concentró en finalidades más amplias, tendentes a contener la evasión fiscal<sup>97</sup>, prevenir la financiación del terrorismo y, sobre todo, proteger el sistema financiero internacional. Este nuevo enfoque se construyó, en gran parte, sobre la base de la atribución de deberes de

---

<sup>93</sup> En efecto, la regulación del GAFI presta mucha menos atención a la proporcionalidad en materia de vulneración de derechos fundamentales –como el derecho a la privacidad de datos y los derechos de defensa en la investigación procesal– que pueden verse afectados en los procesos de recopilación e intercambio de datos entre bancos, unidades de inteligencia financiera y órganos de investigación policial. Cf. BORLINI/MONTANARO, «The evolution of the EU law against criminal finance: the «hardening» of FATF standards within the EU», *Georgetown Journal of International Law*, (48 - 4), 2017, pp. 1049 ss. Crítico frente a la tendencia de incorporar la lógica utilitarista al Derecho penal, VOGEL, Joachim, «Wertpapierhandelsstrafrecht - Vorschein eines neuen Strafrechtsmodells», en PAWLIK/ZACZYK (eds.), *FS-Jakobs*, 2007, p. 731 ss.

<sup>94</sup> Ello, evidentemente, ha generado conflictos entre el deber de secreto de los abogados con sus clientes y el deber de informar operaciones sospechosas del blanqueo. Sobre los inicios de esa discusión en EU, véase: SHAUGHNESSY, *Law and Policy in International Business*, (34 - 1), 2002, p. 1044 ss.

<sup>95</sup> Cfr. VERHAGE, *Crime Law Soc Change*, (52), 2009, p. 15.

<sup>96</sup> Cfr. LEVI, *Annals AAPSS*, 2002, p. 189.

<sup>97</sup> Así, ALLDRIDGE/MUMFORD, «Tax evasion and the Proceeds of Crime Act 2002», *Legal Studies*, (25 - 3), 2005, p. 367.

colaboración a los bancos y a sujetos obligados cada vez más diversos. Desde entonces, las tareas de vigilancia de las transacciones de los clientes se han incorporado al giro ordinario de las actividades de las instituciones financieras<sup>98</sup>. Una regulación de este tipo ha otorgado a las instituciones financieras un rol definitivo en la prevención del delito. Dicho rol ha venido acompañado de consecuencias jurídicas severas: si los sujetos obligados no cumplen con su deber corren el riesgo de ser castigados como autores del delito de BdeC o de verse obligados a pagar elevadas multas administrativas<sup>99</sup>.

Siguiendo con la actividad regulatoria, la 3ª Directiva europea antiblanqueo<sup>100</sup>, publicada en 2005, se propuso consolidar los deberes de diligencia debida y adaptar la normativa europea a las nuevas recomendaciones del GAFI<sup>101</sup>, proferidas en 2003<sup>102</sup>. El énfasis de esta actualización siguió siendo la inclusión

---

<sup>98</sup> Por todos, véase: FAVAREL-GARRIGUES, Thierry *et al.*, «Reluctant partners? Banks in the fight against money laundering and terrorism financing in France», *Security Dialogue*, (42 - 2), 2011, p. 180. A pesar de ello, los datos relativos a los efectos reales de las medidas de prevención sobre los valores ilícitos que circulan por la economía son todavía incipientes. Los estudios criminológicos no han definido de forma unánime los métodos cuantitativos adecuados para calcular la cifra negra del blanqueo. Los valores decomisados por los órganos policiales presentan indicadores limitados de la verdadera extensión del problema. Cfr. DUYNE, P.C. van/SOUDIJN, «Crime-money in the financial system: What we fear and what we know», en HERZOG-EVAND (ed.), *Transnational Criminology Manual*, vol. 2, 2010, p. 270 ss.; LEVI, Michael *et al.*, «Can the AML system be evaluated without better data?», *Crime Law and Social Change*, (69), 2018, p. 309.

<sup>99</sup> Vid. KÜHL/LACKNER, «§261», *StGB Kommentar*, 27ª ed., 2011, nm. 2a. En palabras de los autores: “Mit dieser Regelung wird den Geldinstituten erstmals eine aktive Rolle bei der Verbrechensbekämpfung zugewiesen. Sie werden dadurch in die Gefahr gebracht, sich entweder nach § 261 strafbar zu machen oder schadensersatzpflichtig zu werden, weil sie voreilig Verdachtsfälle anzeigen”.

<sup>100</sup> Directive 2005/60/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering and terrorist financing (OJ L 309, 25.11.2005, p. 15).

<sup>101</sup> El Considerando (4) de la 3ª Directiva contra el blanqueo de capitales (Directiva UE 2015/849) establece que: “En su actuación, la Unión debe seguir teniendo especialmente en cuenta las Recomendaciones del GAFI y los instrumentos de otros organismos internacionales que se ocupan de la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Con vistas a reforzar la eficacia de la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, los oportunos actos legislativos de la Unión deben adaptarse, cuando proceda, a las Normas internacionales sobre la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo y la proliferación adoptadas por el GAFI, en febrero de 2012 («Recomendaciones revisadas del GAFI»)”.

<sup>102</sup> Las 40 recomendaciones para la prevención del BdeC del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) se editaron en 1996. En 2001 se añadieron las 9 Recomendaciones adicionales para la prevención de la financiación del terrorismo. En 2003, 130 países habían adoptado a las recomendaciones. Actualmente 38 países participan de la edición y actualización de las Recomendaciones, directrices y procesos de evaluación mútua de los 130 Estados que incorporan los métodos propuestos por el GAFI (Cfr. *FATF 30 years*, disponible en [https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/brochuresannualreports/FATF30-\(1989-2019\).pdf](https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/brochuresannualreports/FATF30-(1989-2019).pdf). Último acceso en 11.11.2020. Las recomendaciones publicadas en 2003 actualizan los términos de aquellas redactadas en 1996, para incluir en el ámbito de la regulación a las llamadas “non-financial business and professions” (NFBP), es decir, a todos los sujetos obligados que se encuentran por fuera del sector financiero –como,

de nuevos sujetos obligados a cumplir con las medidas antiblanqueo, dando un paso más para involucrar a sectores distintos al financiero. Este instrumento de regulación europea se centra en la implementación de un deber de prevención – especialmente reseñado en la 2ª y la 3ª Directivas– materializado en la obligación de remitir las informaciones sobre operaciones sospechosas (STR, *suspicious transaction reports*)<sup>103</sup> a las Unidades de Inteligencia Financiera (UIF). En este contexto, como sostiene LEVI, “*money laundering legislation shifts from criminal penalties for failing to report crimes*”<sup>104</sup>.

Haciendo una mención especial del ordenamiento jurídico español, es preciso recordar que la Ley Orgánica 10/2010 –vigente en la actualidad– es resultado de la implementación de las regulaciones contenidas en la 3ª Directiva Europea (al momento de escribir estas páginas, ya se encuentra vigente la 5ª Directiva). No obstante, el reglamento que la desarrolla, la Ley Orgánica (el Real Decreto 304/2014), ya incorpora algunas de las cuestiones que se mencionaron durante la deliberación que dio lugar a la 4ª Directiva. Asuntos como, por ejemplo, la creación de los ficheros de titularidad financiera o el deber de las instituciones financieras de aportar toda la información relativa a la apertura y cierre de cuentas corrientes<sup>105</sup> fueron tenidos en cuenta en el contenido de la Ley Orgánica 10/2010.

La 4ª Directiva europea antiblanqueo<sup>106</sup>, publicada en 2015, consolidó la protección del sistema financiero internacional, considerado como objeto

---

por ejemplo, los abogados, notarios, inmobiliarias o gestores de capital. Otra innovación incorporada en las 40 Recomendaciones revisadas fue el énfasis en las evaluaciones mutuas de los países miembros. Se trata de instrumentos diseñados para determinar el grado de cumplimiento (tanto a nivel normativo como de la praxis institucional, al igual que en lo relativo al grado de aplicación de las sanciones consagradas en las recomendaciones) con los principios del GAFI. Es importante mencionar que las 40 + 9 Recomendaciones del GAFI no son estáticas. Aunque el texto de las Recomendaciones sigue siendo el mismo desde 2003, el Grupo de Acción Financiera publica regularmente notas interpretativas que actualizan y amplían el sentido y campo de acción de las recomendaciones. Estas notas interpretativas deben ser tomadas en cuenta al momento de realizarse las evaluaciones mutuas. Para acceder a las recomendaciones de 2003, véase: <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202003.pdf>. Acceso en 11.11.2020. NANCE, *Crime Law Soc Change*, (69), 2018, *passim*.

<sup>103</sup> Así, SHAUGHNESSY, *Law and Policy in International Business*, (34 - 1), 2002, p. 33.

<sup>104</sup> Vid. LEVI/GILMORE, «Terrorist Finance, Money Laundering and the rise and rise of mutual evaluation: A new paradigm for crime control?», *European Journal of Law Reform*, (4 - 2), 2002, p. 339.

<sup>105</sup> Arts. 50 a 57 del Real Decreto 304/2014.

<sup>106</sup> Directive (EU) 2015/849 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, amending Regulation (EU) No 648/2012 of the European Parliament and of the Council, and repealing



principal de protección en el marco de la lucha contra el blanqueo de capitales. De igual forma, amplió los deberes de diligencia debida y creó la obligación – radicada en cabeza de los sujetos obligados– de identificar la titularidad real de las personas jurídicas con las cuales se establecen relaciones de negocios.

Llegados a este punto, una vez más la coyuntura global fue determinante para generar cambios y adaptaciones en la normativa internacional antiblanqueo, en especial en lo relativo a los deberes de los sujetos obligados. La divulgación de las operaciones de BdeC y evasión fiscal llevadas a cabo en Panamá (a través del denominado “caso de los Papeles de Panamá”<sup>107</sup>) con posterioridad a la publicación de la 4ª Directiva, fue determinante para impulsar la reforma de la Directiva en vigor, dando lugar, en el año 2018<sup>108</sup>, a la publicación de la 5ª Directiva antiblanqueo<sup>109</sup>. Una vez más, la reforma y el perfeccionamiento del sistema de prevención del BdeC estuvieron dirigidos a añadir nuevos sujetos obligados en (este caso, las plataformas de intercambio de moneda virtual) y a ampliar los deberes de información y las medidas de diligencia debida (por ejemplo, el deber de implementar medidas reforzadas de diligencia debida en transacciones financieras con países no comunitarios o con países considerados de alto riesgo de blanqueo, así como también el deber de supervisión de las medidas de prevención adoptadas por las filiales o los socios comerciales que se encuentren en dichas jurisdicciones).

Recapitulando las ideas expuestas en los párrafos anteriores, resulta plausible afirmar que el proceso de concepción y depuración de las medidas antiblanqueo se ha visto influido significativamente por la asignación de un papel cada vez más importante al sector privado (inicialmente los bancos y, con posterioridad, un listado más amplio de sujetos obligados). De igual forma, el estudio de la evolución del modelo de control deja claro que el objetivo del sistema de prevención de BdeC se ha ido transformando paulatinamente, pasando de formular un objetivo concreto –la lucha en contra de la criminalidad organizada–

---

Directive 2005/60/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directive 2006/70/EC (OJ L 141, 20.05.2015, p. 73).

<sup>107</sup> Vid. J. TRAUTMAN, *Penn St. L. Rev.*, (807), 2017.

<sup>108</sup> El plazo final para la implementación de la 5ª Directiva antiblanqueo expiró el 10 de enero de 2020, sin que España hubiese reformado la L.O. 10/2010.

<sup>109</sup> Directive (EU) 2018/843 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2018 amending Directive (EU) 2015/849 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, and amending Directives 2009/138/EC and 2013/36/EU (OJ L 156, 19.6.2018, p. 43–74)

a abogar por la construcción de un mecanismo general, apto para la persecución de los rendimientos económicos de origen ilícito, con la finalidad de proteger la integridad del sistema financiero. En todo caso, sea cual sea el enfoque, siempre se ha contado con el sector privado como actor principal en el desempeño de funciones cuasi-policiales de prevención del delito<sup>110</sup>.

#### 4. El sistema integral de prevención: derecho de la seguridad

El BdeC es una materia compleja desde el punto de vista jurídico. El hecho de implicar la coexistencia de reglas de Derecho penal, administrativo, bancario<sup>111</sup>, internacional público, además de aquellas derivadas del denominado *soft law*, lo convierten en un escenario interdisciplinar de gran complejidad. Adicionalmente, su regulación deja en evidencia –quizás mejor que cualquier otro delito económico<sup>112</sup>– la simbiosis Derecho penal, (auto)regulación<sup>113</sup> y corregulación<sup>114</sup>, así como la necesidad de contar con la estrecha colaboración del sector privado<sup>115</sup>.

---

<sup>110</sup> De acuerdo con este análisis, LEVI/GILMORE, *European Journal of Law Reform*, (4 - 2), 2002, p. 342; CUELLAR, «The Tenuous Relationship between the Fight against Money Laundering and the Disruption of Criminal Finance», *Journal of Crim Law and Criminology*, (93 - 3), 2003, p. 402; GÓMEZ INIESTA, *El delito de blanqueo de capitales en Derecho español*, 1996, p. 73 ss.; BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 128.

<sup>111</sup> Cfr. VERVAELE, «Economic crimes and money laundering: a new paradigm for the criminal justice system?», en UNGER/LINDE (eds.), *Research handbook on money laundering*, 2013, p. 379; SÁNCHEZ HUETE, *Tributación, fraude y blanqueo de capitales: entre la prevención y la represión*, 2019, p. 18.

<sup>112</sup> Las consecuencias jurídicas del mal funcionamiento de la gestión de funciones públicas por entes no estatales parecen haber sobrepasado los umbrales del Derecho civil y administrativo y se ubican, ahora, también en campo del Derecho penal. Desde la perspectiva de las empresas, la intervención creciente del Derecho penal en áreas de la economía se hace notar particularmente en el ámbito del delito de gestión desleal, en especial cuando lo que está en juego es la adecuada administración de entidades financieras. Cf. RANSIEK/HÜLS, «Strafrecht zur Regulierung der Wirtschaft», *ZGR*, 2009 p. 164; WOHLERS, «Die strafrechtliche Bewältigung der Finanzkrise am Beispiel der Strafbarkeit wegen Untreue», *ZStW*, (123 - 4), 2011, p. 793.

<sup>113</sup> Así, SILVA SÁNCHEZ, ««The marriage of the regulatory process and the criminal law» - Eine verfassungsrechtlich kritische Einführung», en TIEDEMANN *et al.* (eds.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, 2016, p. 413.

<sup>114</sup> Como bien define BERMEJO, la corregulación puede ser entendida como “Los detalles de este modelo corregulatorio que se orienta por la gestión del riesgo son negociadas entre los organismos supervisores estatales y las asociaciones profesionales o empresariales de cada país así como entre los grupos técnicos, asociaciones profesionales y empresariales y los organismos internacionales en el plano internacional”. (*Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 279).

<sup>115</sup> Sobre el rol del sector privado en la producción de inteligencia para fines policiales y política criminal en el GAFI, véase: GILSINAN *et al.*, «The role of private sector organizations in the control and policing of serious financial crime and abuse», *Journal of Financial Crime*, (15 - 2), 2008, p. 116; GÓMEZ INIESTA, *El delito de blanqueo de capitales en Derecho español*, 1996, p. 71.

Teniendo presente la existencia de estas novedosas características, quisiera, a continuación, presentar dos consideraciones relevantes en torno a la particular regulación del BdeC. *En primer lugar*, es preciso reconocer que la prevención del BdeC organiza un *sistema propio*<sup>116</sup>, compuesto por un entramado normativo configurado por reglas provenientes de distintos órdenes jurídicos y para cuya operación se ha creado un órgano de inteligencia dotado de un alcance sumamente amplio: la Unidad de Inteligencia Financiera (el Sepblac<sup>117</sup> en España). Según la lógica de este sistema, las reglas relativas a la prevención del BdeC pueden agruparse en dos enfoques distintos, pero complementarios: la criminalización y las medidas de prevención pública y privada (es decir, los mecanismos de autorregulación)<sup>118</sup>. Teniendo en cuenta estos elementos, lo que importa para los fines de esta investigación es analizar y comprender la colaboración de los sujetos obligados desde una perspectiva organizativa, es decir, entendida como uno de los ejes esenciales de la arquitectura construida alrededor de este delito.

*En segundo lugar*, no parece descabellado ubicar a este conjunto de reglas de prevención y lucha contra el BdeC en el ámbito de lo que se ha llamado “Derecho de seguridad” (*Sicherheitsrecht*<sup>119</sup>) –con todas las implicaciones, consideraciones y críticas que esto pueda generar en materia de protección de derechos individuales<sup>120</sup>–. Antes de abordar más detalladamente este último enfoque, es necesario describir brevemente el contexto operativo que da forma al *sistema* de prevención del BdeC, sin perjuicio del contenido del tipo penal del art. 301CP y del efecto de prevención general positiva y negativa que se espera de la norma primaria.

---

<sup>116</sup> Como señalan LEVI/REUTER (en TONRY (eds.), *The Oxford Handbook of crime and public policy*, 2011 p. 376), las medidas antiblanqueo han provocado cambios legislativos en áreas como el derecho administrativo y de policía o, incluso, en las formas de gestión de riesgos de las empresas y de investigación de delitos por parte de las autoridades.

<sup>117</sup> Secretaría de Prevención del Blanqueo de Capitales, art. 45 L.O. 10/2010.

<sup>118</sup> Vid. PIETH/AIOLFI, «The Private Sector Becomes Active: The Wolfsberg Process», *Journal of Financial Crime*, (10 - 4), 2003, p. 361; FLOHR, *Self-regulation and legalization: Making global rules for banks and corporations*, 2014, p. 99.

<sup>119</sup> Vid. SIEBER, en TIEDEMANN *et al.* (eds.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, 2016, p. 352 ss.

<sup>120</sup> Cfr. SCIURBA, *The Incompatibility of global anti-money laundering regimes with human and civil rights*, 2019, p. 21 ss.; SILVA SÁNCHEZ, en TIEDEMANN *et al.* (eds.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, 2016, *passim*.

## 5. Los pilares del sistema de prevención del BdeC: leyes, órganos, y sujetos obligados

Como lo afirma BERMEJO, la intervención *penal* antiblanqueo puede ser caracterizada como una estrategia de enfoque triple: la regulación penal del blanqueo, el decomiso de las ganancias derivadas de la actividad delictiva y la atribución de responsabilidad a los sujetos obligados<sup>121</sup>. Se trata de una clasificación lógica y acertada.

Adicional a estos elementos, es preciso elevar a las normas extrapenales a la categoría de elemento estructural, indispensable para el funcionamiento del sistema de prevención del BdeC<sup>122</sup>. En efecto, el proceso de investigación y criminalización de esta actividad delictiva ha implicado el desarrollo de un complejo sistema de órganos, instituciones y grupos internacionales, al igual que de deberes administrativos, *working groups*<sup>123</sup> y agencias de inteligencia. La finalidad de la interacción regulada de estos actores, deberes e instituciones no es otra que lograr propiciar la creación un sistema internacionalmente coordinado, diseñado para identificar eficientemente flujos de capital ilícito.

Sumado a lo anterior, el Estado cuenta también con la colaboración de los particulares, quienes se encuentran obligados al cumplimiento de deberes de información, a la implementación y conservación de bases de datos, a la realización de investigaciones internas y al desarrollo de programas de cumplimiento especializados<sup>124</sup>

---

<sup>121</sup> Así, BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 276 ss.

<sup>122</sup> En efecto, las reglas de prevención administrativas son las verdaderas protagonistas del sistema antiblanqueo. A través de ellas se establecen los deberes de colaboración de los sujetos obligados, sin cuyo contenido los órganos de investigación no contarían con los elementos y conocimientos necesarios para estudiar operaciones sospechosas de blanqueo.

<sup>123</sup> Véase, por ejemplo, la actuación del Grupo Wolfberg. Este grupo es una asociación de los 13 mayores bancos mundiales (Banco Santander, Bank of America, Barclays, Citigroup, Credit Suisse, Deutsche Bank, Goldman Sachs, HSBC, J.P. Morgan Chase, MUFG Bank, Société Générale, Standard Chartered Bank, UBS), con la finalidad de establecer un foro de discusión y presentación de propuestas para la expedición de normas de autorregulación en diversos ámbitos de la actividad bancaria –con un énfasis especial en la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo–. Cfr. <https://www.wolfsberg-principles.com>. Último acceso: 23.05.2020.

<sup>124</sup> Cfr. UNGER, «Money Laundering - A Newly Emerging Topic on the International Agenda», *Review of Law & Economics*, (5 - 2), 2009, p. 816; LAUFER, «Corporate liability, risk shifting and the paradox of compliance», *Vanderbilt Law Review*, (52), 1999; RAGUÉS I VALLÈS, «Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de los delitos en la empresa», en MONTANER FERNÁNDEZ/SILVA

En estos términos, el primer pilar del sistema de prevención del BdeC español puede ser definido como su *regulación normativa*, es decir, el tipo penal de BdeC (art. 301 CP) y las normas administrativas, reunidas en la L.O. 10/2010 y en el Real Decreto n. 304/2014. Esta arquitectura normativa se ocupa de establecer la lista de los sujetos que están obligados a implementar deberes de monitoreo, prevención y colaboración, de definir el sistema de sanciones a aplicar ante el incumplimiento de dichos deberes y de determinar la estructura organizativa de la Unidad de Inteligencia Financiera (Sepblac).

Partiendo de los elementos propios de esta regulación, la arquitectura básica del sistema integral de prevención del BdeC puede esquematizarse en los siguientes cinco puntos: a) el sistema de justicia criminal (orientado por el tipo penal de BdeC), b) las sanciones administrativas expedidas en el marco de la ejecución de la función de supervisión de la administración; c) los deberes de diligencia debida (investigación y monitoreo por parte de los sujetos obligados en relación con la procedencia del capital de sus clientes –*know your client*); d) los deberes de información sobre operaciones sospechosas y e) la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF)<sup>125</sup>. En realidad, esta sistematización puede simplificarse todavía más, atendiendo específicamente a las características de los tres actores principales para la puesta en marcha de dicho sistema de prevención: los sujetos obligados (y los correspondientes deberes de colaboración), la Administración de Justicia (justicia penal y supervisión administrativa) y la UIF.

En el nivel global, todos los miembros del sistema de prevención del BdeC (Administración de Justicia, UIFs, GAFI, sujetos obligados, Comisión Europea, asociaciones de autorregulación sectorial) conforman una nueva arquitectura regulatoria en materia financiera internacional, junto con la intervención del Fondo Monetario Internacional (FMI) y de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)<sup>126</sup>. No obstante, un análisis detallado,

---

SÁNCHEZ, (eds.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, 2013, pp. 176 ss.

<sup>125</sup> Algunos autores identifican 4 elementos clave, pues incluyen las sanciones penales y administrativas en el mismo criterio: medidas de diligencia debida, deberes de información, deberes de conservación de bancos de datos y las sanciones (*enforcement*). Vid. VERHAGE, *Crime Law Soc Change*, (52), 2009, p. 14; BROEK/ADDINK, «Prevention of money laundering and terrorist financing from a good governance perspective», en UNGER/LINDE (eds.), *Handbook on Money Laundering*, 2013, p. 369. Asimismo, REUTER, Peter/TRUMAN, *Chasing dirty money: the fight against money laundering*, 2005, p. 46.

<sup>126</sup> Vid. NANCE, *Crime Law Soc Change*, (69), 2018, p. 110; DUYNE, Petrus C. van *et al.*, *The critical handbook of money laundering. Policy, analysis and myths*, 2018, p. 106; FATF, *25 years and beyond:*

enfocado en evaluar en clave de eficiencia el funcionamiento del sistema de control del BdeC, deja claro que el punto de partida de cualquier proceso de prevención y persecución es la delegación de tareas a los sujetos obligados, quienes deberán identificar e informar sobre operaciones sospechosas<sup>127</sup>.

Ya hemos hablado acerca de la vinculación e importancia de la regulación internacional para la prevención del BdeC en el nivel nacional. Por esta razón no volveré a mencionar este elemento de forma extensa. Solo es necesario recordar que las normas administrativas de prevención de BdeC –tanto en España, como en los demás países de Unión Europea– son el resultado de un proceso internacional dirigido por la Comisión Europea y por el GAFI<sup>128</sup>. Instituciones que, a través de sus particulares formas de presión, siguen promoviendo la participación de los sujetos obligados en la prevención de este fenómeno criminal. En este mismo sentido, es esencial tener presente que las normas administrativas de los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales se encuentran estrechamente vinculadas al tipo penal, en especial en lo que tiene que ver con la sanción de los sujetos obligados. De ese modo, se trata de actores (Administración de Justicia y sujetos obligados) que interactúan y se complementan en el espacio de regulación y prevención del riesgo de blanqueo. Desarrollaré con más detalle cada uno de esos temas en sus respectivos apartados<sup>129</sup>.

Llegados a este punto es preciso hacer referencia al tercer actor de la arquitectura de prevención y control del BdeC: la Unidad de Inteligencia Financiera española o Sepblac (Secretaría Ejecutiva de prevención del BdeC) de acuerdo con su

---

*The Financial Action Task Force setting the standards to combat money laundering and the financing of terrorism and proliferation*, 2014, p. 16.

<sup>127</sup> Cfr. JUNG, «Zur Privatisierung des Strafrechts», en JUNG *et al.* (eds.), *Perspektiven der Strafrechtsentwicklung*, 1996, p. 70. Como sostienen LACKNER/KÜHL: “Die Effektivität der Vorschrift hängt davon ab, welche konkreten Pflichten dem Bank- und Versicherungsgewerbe auferlegt werden, um eine hinreichende Kontrolle zur Erfassung von Geldwäschereien zu erreichen”. KÜHL/LACKNER, *StGB Kommentar*, 27ª ed., 2011, nm. 2a.

<sup>128</sup> El Grupo de Acción Financiera Internacional es un órgano técnico intergubernamental (reconocido actualmente por 190 países), que pretende alcanzar tres objetivos principales: a) fortalecer la incriminación del BdeC y garantizar mejoras en los sistemas nacionales de prevención, b) fortalecer la cooperación internacional en materia de blanqueo, y c) ampliar el papel del sector privado en los esfuerzos de prevención y detección del BdeC. LEVI/GILMORE, *European Journal of Law Reform*, (4 - 2), 2002, p. 345. FATF, *25 years and beyond: The Financial Action Task Force setting the standards to combat money laundering and the financing of terrorism and proliferation*, 2014, p. 1.

<sup>129</sup> Vid. los siguientes capítulos, en la Parte I de este trabajo: Cap. 2, “El papel del sector privado”, y Cap. III, 1.2 “¿Qué se persigue con la penalización del BdeC”.

denominación oficial. Se trata de una agencia de naturaleza administrativo-policial creada, entre otras finalidades, para recibir y procesar los reportes de los sujetos obligados acerca de posibles transacciones sospechosas de hacer parte de un esquema de BdeC<sup>130</sup>. El modelo general de las Unidades de Inteligencia Financiera (UIF<sup>131</sup>) fue formulado por el GAFI en la última década del siglo pasado, con el objetivo explícito de facilitar la gestión de la información y el seguimiento del cumplimiento de los deberes de los sujetos obligados en el marco de su actuación como actores centrales de las políticas de prevención del blanqueo<sup>132</sup>. Adicionalmente, dichas unidades deben contribuir para facilitar y agilizar los procesos de cooperación internacional en materia de BdeC (entre UIFs, no entre sistemas nacionales de Administración de Justicia penal).

Para cumplir con todos estos objetivos, el Sepblac dispone de una potente base de datos<sup>133</sup> que se alimenta de las comunicaciones automáticas y de los informes de operaciones sospechosas enviados por los sujetos obligados. Además, se

---

<sup>130</sup> La estructura general de la Unidad de Inteligencia Financiera en España puede ser descrita de la siguiente manera: existe la Comisión Nacional de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (CPBCIM), que, a su vez, cuenta con dos órganos de soporte: la Secretaría de la Comisión y el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del BdeC (SEPBLAC). El CPBCIM es un órgano colegiado, sometido a la Secretaría de Estado de la Economía, que impone las sanciones correspondientes a la infracción de deberes administrativos de prevención y, adicionalmente, discute las tipologías elaboradas por el Sepblac (art. 64.3 L.O. 10/2010). A su vez, el Sepblac posee, de forma resumida, las siguientes funciones (art. 45, L.O. 10/2010): a) auxiliar al sistema de justicia en la realización de procedimientos relativos al BdeC, b) recibir, analizar y procesar las informaciones recibidas de los sujetos obligados; c) supervisar el cumplimiento de las medidas de prevención, proponer requerimientos, evaluaciones cautelares y sanciones a los sujetos obligados, d) facilitar la cooperación internacional; e) elaborar los informes de inteligencia financiera. El Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del BdeC (SEPBLAC) fue creado por la L.O 19/1993 (art. 15), que implementó la regulación administrativa de prevención del BdeC, e implementó en el ordenamiento interno los deberes internacionales correspondientes.

<sup>131</sup> Recomendación n. 13 del GAFI. La Unidad de Inteligencia Financiera provee avisos anticipados de posibles operaciones de riesgo y actividad criminal que se han llevado a cabo en el sistema financiero, incluyendo posibles delitos de BdeC, financiación del terrorismo y proliferación de armas de destrucción en masa. Cada uno de estos delitos suele tener una transacción financiera asociada, razón por la cual las investigaciones financieras permitirían identificar el origen real del capital que se encuentra detrás de dichas transacciones, así como la identidad y/o estructura de las redes criminales involucradas. (cfr. *FATF 30 years*, p. 42. Disponible en [https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/brochuresannualreports/FATF30-\(1989-2019\).pdf](https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/brochuresannualreports/FATF30-(1989-2019).pdf). Último acceso en 11.11.2020).

<sup>132</sup> Según el Fondo Monetario Internacional, una función esencial para la creación y buen funcionamiento de las Unidades de Inteligencia Financiera es la consulta con el sector privado. En un documento publicado por esta institución se afirma que: “Most of the information to be provided to the FIU will come from the private sector, and most of the latter will come from the financial sector. (...) consulting the private sector offers the government an opportunity to build confidence in the proposed agency on the part of the institutions that will be required to send suspicious-transaction and other reports to it”. INTERNATIONAL MONETARY FUND, *Financial Intelligence Units: an overview*, 2004, p. 7.

<sup>133</sup> Vid. LOPEZ RUIZ *et al.*, *Guía práctica de prevención del blanqueo de capitales*, 2015, p. 313.

encuentra facultado para solicitar informaciones adicionales<sup>134</sup> y para acceder a toda la información financiera y sus respectivos soportes documentales, sin necesidad de requerir para ello una autorización judicial. Sumado a este cuerpo de información, su base de datos es completada con informaciones provenientes de la Administración Tributaria<sup>135</sup> y con los datos recibidos en el marco de procesos de cooperación internacional con los organismos equivalentes de otros países –estos procesos pueden ser llevados a cabo de forma directa o recurriendo a la mediación del Grupo Egmont<sup>136</sup>–.

El funcionamiento de las UIFs puede entenderse más fácilmente recurriendo a su comparación con la lógica operativa propia de los servicios secretos de inteligencia: se trata de estamentos competentes para manejar, sin control judicial, informaciones de carácter sensible, que cuentan, además, con autonomía e independencia para decidir las líneas de investigación que desarrollarán. Una autonomía de este tipo se justifica, en términos de control y protección de garantías constitucionales, atendiendo a la gravedad de los delitos que son investigados. Esto es, delitos complejos cometidos por redes de criminalidad organizada internacional, en el caso del BdeC, y/o por redes de financiación del terrorismo. En efecto, la experiencia documentada en la materia demuestra que, si no existiera esta red de informaciones y no se contara con la *expertise* de los funcionarios de las UIFs<sup>137</sup> (quienes, en todo caso, siempre trabajan de la mano con los sujetos obligados), las posibilidades de detección de transacciones con capital ilícito serían mínimas.

Dicho lo anterior, a continuación realizo un paréntesis en la exposición para presentar una reflexión necesaria que no ha recibido suficiente atención por parte de la doctrina. Aun reconociendo la relevancia estructural que tienen las UIFs en el modelo de prevención y control del BdeC, no puede desconocerse el riesgo

---

<sup>134</sup> Cfr. art.47.4 L.O. 10/2010.

<sup>135</sup> El art. 94.4 de la Ley General Tributaria (L.O. 58/2003, de 17 de Diciembre) establece la obligación de transferencia de información entre las dos agencias, administración tributaria y Sepblac, para el intercambio de datos sobre posibles fraudes fiscales o transacciones características de BdeC.

<sup>136</sup> El Grupo Egmont es un red de instituciones, con sede en Bruselas, compuesto actualmente por 164 Unidades de Inteligencia Financiera. Su finalidad es facilitar el encuentro de los representantes de dichas UIFs, para promover el intercambio de experiencias y tendencias en la prevención del blanqueo. Además, el Grupo Egmont ofrece una plataforma segura de intercambio de informaciones entre UIFs a nivel internacional. (EGMONT GROUP, *Principles for Information Exchange*, 2015, p. 3. Disponible en: <https://egmontgroup.org/en/content/about>. Acceso en 11.11.2020). Cfr. INTERNATIONAL MONETARY FUND, *Financial Intelligence Units: an overview*, 2004, p. 19.

<sup>137</sup> Cfr. INTERNATIONAL MONETARY FUND, *Financial Intelligence Units: an overview*, 2004, p. 35.



que puede generarse como consecuencia de su mal funcionamiento o del abuso de los poderes que les han sido otorgados. El menoscabo de los derechos del investigado como consecuencia de las insuficientes garantías procesales en la obtención de la prueba<sup>138</sup>, la vulneración del principio de contradicción en la obtención de pruebas en el proceso penal<sup>139</sup> o, incluso, la afectación de derechos fundamentales de los particulares, como la privacidad, la confidencialidad o la integridad personal a nivel nacional<sup>140</sup> e internacional<sup>141</sup> son solo algunos de los graves problemas que podrían originarse. Como he afirmado, estos problemas no han sido estudiados a profundidad en la literatura referente al BdeC. Esto se explica, tal vez, por el carácter novedoso de las UIFs<sup>142</sup> y, también, por su

---

<sup>138</sup> Cómo sostiene WOLTER, la era de la información en el Derecho penal, sobre todo por vía del derecho de policía, produce distorsiones sobre la carga de la prueba y rebasa las posibilidades de defensa en el proceso penal: “*Die Eingriffe in die Freiheitsrechte der Betroffenen zu Gunsten einer wirksamen Strafrechtspflege (...) bei Informationserhebung, Informationsspeicherung und Informationsverwendung einschließlich Informationsübermittlung haben Gesetzgebung und Justiz jedenfalls zum Teil mit Hilfe von Katalogstraftaten, Subsidiaritätsregelungen, besonderen Verdachtsgraden, Befristungen und Richtervorbehalten in Grenzen gehalten (...) oder grundrechtssystematisch gewendet: angesichts der abwehrrechtliche Funktion der Freiheitsrechte werden die verdeckten Eingriffe in die Grundrechte (...) gerechtfertigt*”. («Kriminalpolitik und Strafprozessrechtssystem»), en SCHÜNEMANN *et al.* (eds.), *FS-Roxin*, 2001, p. 1145). De forma detallada, acerca de cada uno los derechos procesales de defensa que pueden verse afectados, véase: BASSIOUNI, «Mecanismos internacionales de control de las ganancias procedentes de actividades ilícitas», *RDPC*, (6), 1996, p. 118 ss.

<sup>139</sup> Cfr. INTERNATIONAL MONETARY FUND, *Financial Intelligence Units: an overview*, 2004, p. 62.

<sup>140</sup> Piénsese, por ejemplo, en los riesgos que se generan para los derechos del investigado en caso de darse un escenario de instrumentalización política de un organismo dotado de unas facultades tan amplias como la UIF –piénsese, por ejemplo, en gobiernos corruptos o mal intencionados–. En una hipótesis como esta, estaríamos frente a un órgano de inteligencia, sin control judicial, que podría vigilar y acceder a los datos personales de aquellas personas señaladas por el poder ejecutivo, abandonando su función de análisis e investigación encaminada a la construcción de tipologías y resultados de investigación neutrales sobre operaciones de BdeC. (Cfr. SCIURBA, *The Incompatibility of global anti-money laundering regimes with human and civil rights*, 2019, p. 23). En efecto, es posible comprender el ámbito de intromisión de este tipo de vigilancia si se piensa, por ejemplo, en la posibilidad de llevar a cabo una intervención ilimitada de las telecomunicaciones de cierto sujeto. No se trata de una hipótesis abstracta: estos intentos ya han sido llevados a cabo (sin éxito) por el gobierno brasileño en el año de 2019, a través de la realización de cambios institucionales a la Unidad de Inteligencia financiera –en dos oportunidades–, en un plazo de seis meses. Finalmente, la UIF continuó siendo responsabilidad del Banco Central de Brasil (Cf. BBC NEWS, 20.08.2019, *Como Bolsonaro justifica a troca de diretor, nome e 'casa' do Coaf*, <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-49402666>; FOLHA DE SÃO PAULO, 09.08.2019, *Bolsonaro diz querer tirar Coaf de jogo político após suspeita contra filho* - <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/08/09/bolsonaro-diz-querer-tirar-coaf-de-jogo-politico-apos-suspeita-contra-filho.htm> )

<sup>141</sup> Vid. NANCE, *Crime Law Soc Change*, (69), 2018, p. 116.

<sup>142</sup> Obviamente, con poco más de treinta años de existencia, es difícil comparar el desempeño de las UIFs con la trayectoria de regulación y la experiencia de órganos con atribuciones semejantes, tales como la Agencia Tributaria o los centros de inteligencia contra el terrorismo. La UIF española (Sepblac) fue creada en 1989, luego de las discusiones preparatorias de la Convención de Viena (Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas) de 1988 y de las 40 Recomendaciones del GAFI publicadas en 1990. La recomendación 29 del GAFI crea el concepto de Unidad de Inteligencia Financiera tal y cómo se conoce hoy. Cfr. <https://www.cfatf->

ubicación estructural como órganos vinculados al aseguramiento de la seguridad y la soberanía nacional. En definitiva, son pocos los estudios que, a la fecha, se han ocupado de sus características institucionales<sup>143</sup> y de los potenciales efectos nocivos que el ejercicio de sus potestades puede tener sobre los derechos individuales<sup>144</sup>.

Atendiendo a los fines de la presente investigación, estas breves consideraciones pretenden indicar que una parte importante de la labor de la UIF se fundamenta en la colaboración que puedan brindar los sujetos obligados (obviamente, sometidos al cumplimiento de deberes consagrados legalmente y a la amenaza de la imposición de sanciones ante el incumplimiento<sup>145</sup>). Así, partiendo de esta consideración, quisiera resaltar el problema sistemático que se desprende de esta particular relación: los sujetos obligados son parte integral de las bases del sistema institucional de prevención del BdeC y, por ello, debe reconocerse su posición como sujetos, no solamente destinatarios de una norma de cuidado, sino también obligados a actuar “activamente” a favor de los intereses de la administración pública. Esta doble condición obliga a recordar la característica esencial que permite clasificar a las normas de conducta dirigidas a los ciudadanos: no causar daños a través de una conducta descuidada (deber

---

[gafic.org/index.php/documents/fatf-40r/395-fatf-recommendation-29-financial-intelligence-units](https://www.gafic.org/index.php/documents/fatf-40r/395-fatf-recommendation-29-financial-intelligence-units). Acceso en 11.11.2020. INTERNATIONAL MONETARY FUND, *Financial Intelligence Units: an overview*, 2004

<sup>143</sup> En efecto, las principales fuentes bibliográficas disponibles nos permiten aproximarnos, únicamente, al diseño institucional y a las características generales de las Unidades de Inteligencia Financiera, aclarándonos que –tales textos– son producto del trabajo de organismos internacionales, del GAFI y del grupo Egmont, que conocen de primera mano la estructura de las UIFs. Si bien es cierto que se trata de fuentes confiables, se echa de menos la existencia de literatura crítica e independiente que aborde temas más profundos como, por ejemplo, las formas de interacción entre estas agencias con otras autoridades e instituciones del nivel nacional –por ejemplo, policía o fiscalía–, sobre las reglas del proceso penal que rigen la actuación de las UIFs, sobre la regulación y especificidades de las bases de datos compartidas con la Agencia tributaria o sobre la posibilidad solicitar la imposición de sanciones o de control un externo de sus decisiones. El estudio más completo que se se ha realizado sobre este tipo de cuestiones es VOGEL, Benjamin, «Reinventing EU anti-money laundering», en MAILLART/VOGEL, Benjamin (eds.), *National and international anti-money laundering law*, 2020. A respecto del intercambio de informaciones en España, CARLOS DE OLIVEIRA, «Spain», en VOGEL, Benjamin/MAILLART (eds.), *National and international anti-money laundering law*, 2020

<sup>144</sup> Cfr. DUYNE *et al.*, *The critical handbook of money laundering. Policy, analysis and myths*, 2018, p. 251.

<sup>145</sup> Otro tema poco estudiado por la doctrina penal acerca del BdeC es la posición *duplex* asignada la UIF española: ejerce, simultáneamente, la función de unidad de inteligencia y órgano supervisor (FATF, *Mutual Evaluation Report – Spain*, 2014, p. 183). En otros países de Unión Europea estas tareas son llevadas a cabo por agencias distintas. Así, el Sepblac es el órgano que debe estar en contacto directo con los sujetos obligados, cooperando con estos para avanzar en la prevención del blanqueo, pero, al mismo tiempo, es el órgano responsable por abrir expedientes sancionatorios en contra de estos sujetos. Este escenario puede generar dudas acerca de la efectiva voluntad de colaboración de los sujetos obligados.

negativo), o actuar positivamente para mejorar la situación jurídica de un tercero con intereses institucionalmente reconocidos (deber positivo).

Siguiendo a esta clasificación, considerando la ubicación estratégica de los sujetos obligados en la arquitectura del sistema de prevención y los deberes de contribuir al funcionamiento de la UIF (remitiendo y complementando informaciones) que les son impuestos, es preciso afirmar que estos deberes trascienden el umbral de la obligación general de no causar daño a nadie (*neminem laedere*). Se trata de deberes especiales, que van más allá del deber de cualquier ciudadano. Se trata de un deber de colaboración con el Estado en la lucha contra el delito<sup>146</sup>, debiendo actuar positivamente para promover ambientes blindados al BdeC. En consecuencia, son sujetos que cuentan con una posición de cuasi-funcionarios del Estado en el ámbito de la estructura de prevención del delito<sup>147</sup>. Podría argumentarse que estos deberes de información y control son comunes a otras áreas que llaman la atención de la administración –como el deber de declarar impuestos o el deber de registrar las emisiones contaminantes de una empresa<sup>148</sup>–. Sin embargo, la posición de los sujetos obligados en el ámbito de la prevención y control del BdeC se diferencia de estos escenarios en dos puntos esenciales. En primer lugar, los sujetos obligados deben registrar informaciones de terceros, es decir, controlar las actividades de sus clientes y remitirlas a la administración para que, dado el caso, esta pueda iniciar una investigación criminal. En segundo lugar, y partiendo de una interpretación defectuosa de asuntos dogmáticos de la Parte General<sup>149</sup>, son amenazados con la

---

<sup>146</sup> Vid. GARCÍA NORIEGA denuncia que las medidas preventivas del blanqueo sugeridas por el GAFI –especialmente el deber de implementar las medidas de diligencia debida–, que son la base de todo sistema de prevención, representan una institución perversa, “basada en trasladar al profesional ajeno al lavado la obligación de detectarlo, en descargo de la que tiene el Estado”. GARCÍA NORIEGA, *Blanqueo y antiblanqueo de capitales: cómo se lava el dinero, cómo se combate el lavado*, 2010, p. 330.

<sup>147</sup> Poco después de la introducción de la modalidad imprudente de realización del blanqueo de capitales, BLANCO LOZANO denunció incisivamente que el deber de colaboración impuesto indirectamente a los ciudadanos por el art. 301.3 debería generar la inconstitucionalidad de este tipo penal. Este autor sostiene que “La imposición al ciudadano particular de un deber de investigación y conocimiento de los movimientos económicos ajenos, así como de las posibles prácticas delictivas en que hayan podido incurrir sus conciudadanos, sin que ni siquiera exista una previa sentencia condenatoria al respecto, es inadmisibles en un Estado de Derecho. Adolece, pues, el [entonces vigente] 344 bis h).3 de una clara inconstitucionalidad”. BLANCO LOZANO, en COBO DEL ROSAL (eds.), *Revista de Derecho Público. Comentarios a la legislación penal. (Reformas sobre tráfico de drogas, secreto de las comunicaciones y conducción de ciclomotores)*. Tomo XVII, 1996, p. 89.

<sup>148</sup> Vid. REBOLLO PUIG, «La actividad inspectora», en DÍEZ SÁNCHEZ (eds.), *Actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, 2017, p. 60.

<sup>149</sup> En apartados específicos de esta obra se presentarán algunos ejemplos de las consecuencias dañinas que genera una interpretación dogmática equivocada acerca de la expansión de la punibilidad de los

imposición de castigos penales por el delito de terceros a título de blanqueo imprudente<sup>150</sup> –incluso en comisión por omisión<sup>151</sup>– en caso de no cumplir correctamente con su deber de colaboración eficiente con la administración (en concreto, con la UIF).

En efecto, la participación de los sujetos en la estructura de la UIF, como he defendido, trae aparejados deberes de colaboración –esto es, deberes positivos especiales– cuya infracción, sin embargo, ha sido castigada de la misma forma en la que se castiga la infracción de deberes negativos. Parece que se estuviera frente a una situación de mera evitación de *outputs* lesivos, situación propia de la actividad económica especialmente autorizada o de las profesiones reguladas. No obstante, los deberes de colaboración de los sujetos obligados exigen una reflexión profunda que tome en cuenta el principio de legalidad penal y también consideraciones doctrinales: reconociendo que la imposición de este tipo de deberes implica una limitación importante de las libertades individuales, es necesaria una ponderación detallada acerca de los intereses en conflicto a la hora de castigarles.

Desde otro punto de vista, y avanzando así en el tema de las consecuencias normativas que se generan por la posición que ocupan los sujetos obligados en el sistema de prevención del delito, es necesario mencionar el problema relativo a la

---

sujetos obligados por la infracción de deberes administrativos de naturaleza positiva. Algunas de estas consecuencias serán mencionadas a continuación. En primer lugar, una ampliación de las punibilidad de este tipo desconoce la distinción existente entre los deberes positivos y negativos de los sujetos obligados, al igual que la necesidad de una fundamentación diferenciada frente a cada tipo de deber. En segundo lugar, la doctrina sigue defendiendo en una interpretación formalista de los deberes de garante para fundamentar la responsabilidad de los *compliance officers* o de los sujetos obligados a evitar el blanqueo, sin tener en cuenta los avances desarrollados en un sentido material –en el ámbito de la omisión– para constatar la realización de un tipo penal en comisión por omisión. Además, como lo menciona RAGUÉS I VALLÉS, la interpretación subjetivista con la cual la doctrina insiste en explicar el delito de BdeC no está en condiciones de explicar la finalidad de ocultación de informaciones por imprudencia grave –razón por la cual se impone la práctica de “diferenciar conductas” como un intento por salvar dicha lógica subjetivista que se ha consolidado en la exégesis del tipo penal de BdeC–. RAGUÉS I VALLÉS, «Blanqueo de capitales y negocios standard. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de blanqueo», en SILVA SÁNCHEZ, (eds.), *Libertad económica o fraudes punibles?*, 2002, p. 129.

<sup>150</sup> En ese sentido, PÉREZ MANZANO sostiene que “sobretudo cobra sentido esta modalidad [imprudente] cuando existen deberes de información de las entidades financieras sobre sus operaciones, de manera que su incumplimiento puede dar lugar a la comisión imprudente del delito”. PÉREZ MANZANO, *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero*, 1994, p. 242.

<sup>151</sup> En otras palabras, la amenaza de castigo a estos sujetos por sus conductas imprudentes o con dolo eventual, plasmada en el art. 301.3 CP, no se refiere sólomente la infracción de deberes de cuidado (deberes negativos, de *neminem laedere*), sino que también se extiende a la infracción de deberes positivos, como se estudiará a lo largo de los próximos capítulos.

dificultad para dotar de sentido a la imputación subjetiva del delito de BdeC. Problema que afecta directamente al proceso de atribución de responsabilidad a los sujetos obligados. Desde una perspectiva legal, cómo ya se ha apuntado, no hubo sincronía entre la introducción del tipo penal en el ordenamiento español y la promulgación de las primeras leyes administrativas de prevención. Esta situación llevó a que, desde el punto de vista doctrinal, el primer acercamiento al BdeC se efectuara desde una perspectiva exclusivamente penal, sin hacer ninguna referencia a las medidas de cuidado adecuadas, propias del ámbito administrativo. Consecuentemente, la doctrina penal avanzó en la interpretación del tipo, sin tener una comprensión suficiente del alcance de los deberes que la ley administrativa estipulaba para los sujetos obligados<sup>152</sup>.

En este contexto, la compleja producción normativa, al igual que las dificultades prácticas que debe enfrentar el sistema integral de prevención del BdeC, llevó a la doctrina penal a no ponderar de forma suficiente la pesada demanda que se impone a los sujetos obligados. Y que tiene efectos directos en materia penal<sup>153</sup>. Si bien es cierto que parte de la doctrina ha mencionado los deberes de colaboración atribuidos a los sujetos obligados por la regulación administrativa<sup>154</sup>, no se ha referido a la particular naturaleza de estas normas administrativas. A saber, su calidad de deberes positivos que, sin embargo, son trasladadas, sin mayores consideraciones, al ámbito del Derecho penal.

---

<sup>152</sup> Vid. HERZOG, en NESTLER/HERZOG (eds.), *Geldwäschegesetz*, 2ª ed., 2014, mn. 5. De forma detallada, véase: CARLOS DE OLIVEIRA, «Blanqueo de capitales», en SILVA SÁNCHEZ/ROBLES PLANAS (eds.), *Lecciones de derecho penal económico y de la empresa*, 2020, pp. 639-644. Asimismo, entiendo que este contexto también puso en segundo plano la comprensión de que el tipo penal del art. 301 CP se ubica en un contexto normativo más amplio –nacional e internacional– y que solo una consideración de este contexto permite llegar a conclusiones más precisas sobre el ámbito de aplicación del tipo.

<sup>153</sup> Esta posibilidad ha sido destacada por ROBLES PLANAS respecto de los asesores profesionales que se exponen al riesgo de la imputación penal como partícipes de delitos económicos, en los supuestos de sospecha de la posible actividad delictiva de sus clientes («Riesgos Penales del Asesoramiento Jurídico», *La Ley*, (7015 - XXIX), 2008, p. 2).

<sup>154</sup> Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Blanqueo de capitales y abogacía», *InDret*, (1), 2008, p. 30; COBO DEL ROSAL/ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, *Blanqueo de capitales: abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios*, 2005, p. 29; NUÑEZ PAZ, «Criminalidad, capital y corrupción. Orígenes delincuenciales y precisiones contemporáneas», en SÁNCHEZ STEWART/ABEL SOUTO (eds.), *I Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, 2009, p. 267; ABEL SOUTO, en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (eds.), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, 2011, p. 107. El autor que con mayor claridad ha identificado la naturaleza de los deberes de colaboración es BERMEJO. (*Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 250 ss.).

Esta es justamente la lógica y razón de ser de este estudio introductorio acerca del delito de BdeC –que, valga decir, seguirá desarrollándose en las siguientes páginas–: mostrar que existen deberes secundarios asignados a los sujetos obligados que, en realidad, constituyen deberes positivos de colaboración con un sistema nacional de inteligencia<sup>155</sup> y prevención del blanqueo. Así, insisto, no estamos en un escenario de simple prevención de riesgos, sino, más bien, del desempeño de labores de vigilancia en términos cuasi-policiales.

---

<sup>155</sup> Con detalles a respecto: EUROPOL, «From suspicion to action. Converting financial intelligence into greater operational impact», 2017, p. 25.

## II. EL PAPEL DEL SECTOR PRIVADO

El amplio catálogo de medidas concebidas para prevenir y castigar la comisión del delito de BdeC contiene enfoques diversos: por un lado, medidas represivas – que van, desde el art. 301 CP hasta requerir la intervención directa de la Administración de Justicia– y, por otro, medidas preventivas –desarrolladas en a través de las disposiciones de la L.O. 10/2010 y complementadas con normas propias de la autorregulación sectorial<sup>156</sup>–. Expresado de forma resumida, la idea que hasta ahora se ha defendido es que el sistema de prevención del BdeC y, por lo tanto, la eficacia de las medidas represivas, se construye indiscutiblemente a partir de la colaboración de los sujetos obligados. Un análisis de la praxis de dicho sistema de prevención permite constatar el traslado de funciones esenciales del Estado al sector privado “también en la actividad que se adscribe a la noción tradicional de policía –hoy, en lo fundamental, regulación y gestión de riesgos”<sup>157</sup>. En efecto, este sistema es el paradigma de la interacción entre el Derecho penal y el sector privado en la gestión y control de riesgos específicos<sup>158</sup> y en la implementación de la corregulación para estructurar el sistema de prevención del delito. Una interacción, además, sumamente sofisticada y ampliamente desarrollada.

Este tipo de interacción entre el Derecho penal y el sector privado se manifiesta concretamente en la participación de los bancos en los escenarios de definición normativa de los estándares de peligro<sup>159</sup>, en la intervención de la administración pública para propender por la flexibilización de las reglas que rigen el secreto

---

<sup>156</sup> Cfr. LÖWE-KRAHL, en ACHENBACH/RANSIEK (eds.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 3ª ed., 2012, nm. 62.

<sup>157</sup> Así, ESTEVE PARDO, «La administración garante. Una aproximación», *Revista de Administración Pública*, (197), 2015, p. 18. También en este sentido: DARNACULLETA I GARDELLA, *Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada*, 2005, p. 107; PIETH/AIOLFI, *Journal of Financial Crime*, (10 - 4), 2003, p. 361.

<sup>158</sup> En este sentido, WOHLERS, en DYSON/VOGEL, (eds.), *The limits of criminal law: anglo-german concepts and principles*, 2018, p. 240.

<sup>159</sup> FATF, *Guidance on the Risk-Based Approach to Combating Money Laundering and Terrorist Financing - High Level Principles and Procedures*, 2007, p. 1, ítem 1.6: “The Guidance recognises that each country and its national authorities, in partnership with its financial institutions, will need to identify the most appropriate regime, tailored to address individual country risks. Therefore, the Guidance does not attempt to provide a single model for the risk-based approach, but seeks to provide guidance for a broad framework based on high level principles and procedures that countries may wish to consider when applying the risk-based approach with the understanding that this guidance does not override the purview of national authorities”.

bancario<sup>160</sup> o para solicitar la colaboración del sector privado, que debe servir como canal para la formulación de denuncias y para el intercambio de información con la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF). En cualquier caso, tal y cómo está estructurado el sistema de prevención y represión del BdeC, las medidas administrativas y penales no pueden pretender ser eficaces sin contar con la colaboración efectiva de los sujetos obligados<sup>161</sup>.

En efecto, el sistema de integral de prevención del BdeC que se ha descrito en las páginas anteriores se encuentra construido en torno a dos modalidades de acercamiento e intervención sobre las actividades de blanqueo<sup>162</sup>. Se habla, en estos términos, de mecanismos de *intervención directa* —puestos en marcha y dirigidos por autoridades administrativas y judiciales, como por ejemplo, la UIF— y de mecanismos de *intervención indirecta* —vinculados al cumplimiento de los deberes de prevención e información asignados a los sujetos obligados. La infracción de estos últimos puede dar cabida a sanciones administrativas (previstas en la L.O 10/2010), a la atribución de responsabilidad penal por imprudencia (art. 301.3 CP) o, en casos extremos, de responsabilidad penal<sup>163</sup> por el blanqueo en comisión por omisión (si el juzgador decide realizar una interpretación equivocada de ciertos principios penales, como se discutirá más adelante<sup>164</sup>)—.

Como ya se ha mencionado, los mecanismos de *intervención directa* para la lucha contra el BdeC, que fundamentan su operación en los análisis de

---

<sup>160</sup> Además de la consagración general de la protección de los informantes o de la ampliación de las posibilidades de denuncia de delitos económicos cometidos en el contexto de la empresa, la regulación internacional se ha alineado también con posiciones que pretenden promover la restricción del secreto bancario, con el fin de facilitar la transparencia y la divulgación de información financiera que pueda tener relevancia para procedimientos de índole fiscal y también en el ámbito penal. Cfr. SCIURBA, *Anti-Money Laundering State Mechanisms*, 2018, p. 67; ZAGARIS, «Money laundering and bank secrecy», *International Enforcement Law Reporter*, (32 - 3), 2016, p. 79, comentando el caso de la banca de Andorra..

<sup>161</sup> Vid. GARCÍA NORIEGA, *Blanqueo y antiblanqueo de capitales: cómo se lava el dinero, cómo se combate el lavado*, 2010, p. 375. Cómo sostiene este autor: “Una de las notas características del antiblanqueo en la UE es la tendencia de la traslación de la carga de diligencia al sector privado”.

<sup>162</sup> Así, BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 307. En el mismo sentido, TAKÁTS, «A theory of “crying wolf”: The economics of money laundering enforcement», *Journal of Law, Economics, and Organization*, (27 - 1), 2011.

<sup>163</sup> Vid. SCHNABL, «Geldwäsche Vorbemerkung», en WABNITZ *et al.* (eds.), *Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 5ª ed., 2020, nm. 52; LÖWE-KRAHL, en ACHENBACH/RANSIEK (eds.), *Handbuch Wirtschaftstrafrecht*, 3ª ed., 2012, nm. 41.

<sup>164</sup> Vid. *infra*, Parte I, Cap. V.2: “Blanqueo en comisión por omisión y deber de colaboración”.



inteligencia realizados, en primera línea por la UIF, no han sido lo suficientemente estudiados. Frente a los mecanismos de *intervención indirecta*, razón de ser de los deberes de colaboración de los sujetos obligados, es preciso realizar algunas precisiones.

Tanto la lista de sujetos obligados cómo sus deberes de prevención y las sanciones previstas ante incumplimiento se encuentran regulados por la L.O. 10/2010 y por el texto complementario, el Real Decreto 304/2014. A día de hoy, la extensa lista de sujetos obligados se encuentra conformada por todas las entidades financieras (bancos, entidades de crédito, aseguradoras, sociedades de inversión, entidades de pago, etc.), agencias inmobiliarias, auditores, contables, asesores fiscales, notarios, abogados, profesionales que se dedican a la creación y gestión de sociedades, operadores de juegos de azar, asociaciones, fundaciones y agentes dedicados al comercio con bienes de lujo (joyas, obras de arte y antigüedades). Aunque nada impide la ampliación de los sujetos obligados para cobijar otras actividades que también puede ser utilizadas en el marco de estructuras de BdeC<sup>165</sup>, evidentemente, los sujetos obligados más relevantes son las instituciones financieras: a ellas les son asignados los deberes de prevención más complejos y detallados.

### 1. ¿Quiénes son los sujetos obligados?

El grupo de sujetos obligados está compuesto por las cerca de 25 clases de personas –naturales y jurídicas– mencionadas en la L.O. 10/2010, que se encuentran obligadas a implementar las medidas de prevención del BdeC. Históricamente, como se ha mencionado, las primeras directrices internacionales hacían referencia solamente a las instituciones financieras. Sin embargo, en la actualidad encontramos un listado mucho más amplio de actividades que se encuentran sometidas al cumplimiento de las reglas de prevención. Dicho listado abarca tanto al sistema financiero como a abogados, fundaciones y comerciantes de bienes (cuando reciban pagos que superen ciertos montos). Por cierto, un análisis de la tendencia internacional indica que este listado seguirá aumentando, en la medida en que se descubran nuevas tipologías de blanqueo que involucren

---

<sup>165</sup> Actualmente, el caso más evidente de “potencial sujeto obligado” son los proveedores de monedas virtuales. Véase, <https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/public-statement-virtual-assets.html>. Acceso en 12.11.2020.

nuevas profesiones y negocios que no se encuentren todavía considerados en la categoría de sujetos obligados<sup>166</sup>.

La decisión político-criminal tendente a definir si ciertas personas, profesiones o gremios deben ser considerados sujetos obligados se fundamenta en la evaluación del riesgo de que personas u organizaciones criminales puedan utilizar estos canales (negocios, profesiones) para blanquear capitales. A pesar de que el extenso listado de sujetos obligados del art. 2 de la L.O. 10/2010 es bastante detallado, en este apartado nos ceñiremos al análisis de las características generales de las dos categorías formuladas por la misma ley: las instituciones financieras y las llamadas profesiones y negocios no financieros. Además, al abordar la segunda categoría, haré un énfasis especial en el papel de los abogados y notarios, por tratarse de los profesionales más relevantes para los órganos de prevención del blanqueo y por presentar los mayores desafíos jurídicos al tener que compaginar sus deberes profesionales con el deber de prevención del BdeC.

### 1.1. Instituciones financieras

Las instituciones financieras<sup>167</sup> constituyen, sin lugar a duda, el grupo más importante de sujetos obligados, por ubicarse, directamente, en el centro mismo

---

<sup>166</sup> La 5ª Directiva Europea contra el BdeC, Directiva (EU) 2018/843 (que deberá ser implementada próximamente por España) incluye entre los sujetos obligados a las plataformas de financiación colectiva (*crowdfunding*), los proveedores de juegos virtuales, las tarjetas prepago y, en especial, a los proveedores de monederos virtuales (*bitcoins*). Actualmente, las monedas virtuales son consideradas la principal amenaza para el sistema de prevención de blanqueo. Seguramente en los próximos años se expedirá una regulación más detallada frente a este tipo de negocio. Al respecto, véase “Considerandos” de la 5ª Directiva mencionada, y también: INTERNACIONAL MONETARY FUND, *Virtual currencies and beyond: initial considerations*, 2016, p. 27; DE SANCTIS, *Technology-Enhanced Methods of Money Laundering: Internet As Criminal Means*, 2019, p. 156.

<sup>167</sup> Según la regulación legal, son instituciones financieras para fines de prevención del blanqueo de capitales (art. 2 L.O 10/2010): a) Las entidades de crédito; b) Las entidades aseguradoras autorizadas para operar en el ramo de vida y los corredores de seguros cuando actúen en relación con seguros de vida u otros servicios relacionados con inversiones, con las excepciones que se establezcan reglamentariamente; c) Las empresas de servicios de inversión; d) Las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y las sociedades de inversión cuya gestión no esté encomendada a una sociedad gestora; e) Las entidades gestoras de fondos de pensiones; f) Las sociedades gestoras de entidades de capital-riesgo y las sociedades de capital-riesgo cuya gestión no esté encomendada a una sociedad gestora; g) Las sociedades de garantía recíproca; h) Las entidades de pago y las entidades de dinero electrónico; i) Las personas que ejerzan profesionalmente actividades de cambio de moneda; j) Los servicios postales respecto de las actividades de giro o transferencia; k) Las personas dedicadas profesionalmente a la intermediación en la concesión de préstamos o créditos (...).

del organigrama diseñado en el marco del sistema de prevención del BdeC<sup>168</sup>. En efecto, en virtud de la rapidez con que es posible realizar operaciones de transferencia de capitales en la actualidad, estas instituciones representan el canal predilecto para la reinserción de capital ilícito en el mercado. En consecuencia, teniendo en cuenta la entidad del riesgo de lavado que ofrece su actuación, a estas instituciones les son asignados los deberes de prevención más intensos previstos por la L.O. 10/2010. Se trata, en efecto, de las instituciones más estrictamente reguladas y monitoreadas por los distintos órganos de supervisión y regulación<sup>169</sup>, encontrándose, además, facultadas para estructurar e implementar sus propias normas de conducta y autorregulación en el marco de la prevención y control del BdeC<sup>170</sup>. Como puede verse, es plausible afirmar –como lo hace gran parte de la doctrina– que estas instituciones ocupan un rol cuasi-público<sup>171</sup> y que hacen parte de *la primera línea de combate* encargada de implementar las estrategias de prevención del BdeC<sup>172</sup>.

---

<sup>168</sup> Cfr. ZUBERBÜHLER, en PIETH (eds.), *Bekämpfung der Geldwäscherei. Modellfall Schweiz?*, 1992, p. 41; PIETH/AIOLFI, *Journal of Financial Crime*, (10 - 4), 2003, p. 359; REINLE, *Die Meldepflicht im Geldwäschereigesetz: Die Banken im Spannungsfeld zwischen Geldwäschereibekämpfung und Vertrauensverhältnis zum Bankkunden*, 2007, p. 2.

<sup>169</sup> En España, por ejemplo, son supervisadas por el Sepblac y por el Banco de España. Si el banco negocia sus acciones en el mercado de valores será supervisado también por la Comisión de Valores Mobiliarios. En el ámbito internacional, los bancos están sometidos a la regulación europea del Banco Europeo, del *Single Supervisory Market*, y deben seguir los protocolos básicos de seguridad y solvencia definidos por el acuerdo de Basilea III. Cfr. PLAUMANN-EWERDWALBESO/ZEMKE, «Einleitung», en PLAUMANN-EWERDWALBESO/ZEMKE (eds.), *Bankenkommentar zum Geldwäscherecht*, 2013, nm. 35. Aún teniendo en cuenta la proliferación de regulación en materia de la garantía de solvencia bancaria tras la crisis económica de 2008, es posible observar que los deberes referidos al BdeC siguen siendo mucho más numerosos. BILBAO UBILLOS, «La crisis actual. Cambios en la regulación financiera y modificación de las fronteras entre lo público y lo privado», *Gestión y política pública*, (XXI - 2), 2012, p. 494; FLOHR, *Self-regulation and legalization: Making global rules for banks and corporations*, 2014, p. 132. Más recientemente, un Plan de Acción publicado por la Comisión Europea apuesta para la creación de un órgano supervisor europeo de prevención del BdeC (Communication from the Commission on an Action Plan for a comprehensive Union policy on preventing money laundering and terrorist financing, publicado en 7.5.2020. Disponible en: [https://ec.europa.eu/finance/docs/law/200507-anti-money-laundering-terrorism-financing-action-plan\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/finance/docs/law/200507-anti-money-laundering-terrorism-financing-action-plan_en.pdf). Último acceso 12.11.2020).

<sup>170</sup> Así, FLOHR, *Self-regulation and legalization: Making global rules for banks and corporations*, 2014, p. 104; PIETH/AIOLFI, *Journal of Financial Crime*, (10 - 4), 2003, p. 363 ss.

<sup>171</sup> Cfr. REUTER/TRUMAN, «Anti-money laundering overkill? It's time to ask how well the system is working», *The International Economy*, (winter), 2005, p. 60.

<sup>172</sup> Con estas palabras, NAKAJIMA, «Editorial», *Journal of Money Laundering Control*, (20 - 4), 2017, p. 322; BERGSTRÖM *et al.*, *Journal of Common Market Studies*, (49 - 5), 2011, p. 1045. En este sentido, también: HOPPE/SCHMITZ, «Public-private partnerships versus traditional procurement: Innovation incentives and information gathering», *Rand Journal of Economics*, (44 - 1), 2013, p. 57; NAHEEM, «Illicit financial flows: HSBC case study», *Journal of Money Laundering Control*, (21 - 2), 2018, p. 242; PIETH/AIOLFI, *Journal of Financial Crime*, (10 - 4), 2003, p. 360 ss.; REINLE, *Die Meldepflicht im Geldwäschereigesetz: Die Banken im Spannungsfeld zwischen Geldwäschereibekämpfung und*

Tal vez por esta razón, y junto con la notable evolución de las medidas de prevención del BdeC, las instituciones financieras se han adaptado a sus nuevas funciones, madurando hasta conformar un sistema organizado de *compliance*, especialmente diseñado para contrarrestar operaciones de blanqueo. Es un sector que se encuentra bien preparado para asumir las tareas que la han sido delegadas por el Estado.

Este escenario ha producido un cambio sustancial en la forma en la que los bancos y las demás instituciones financieras prestan sus servicios en España<sup>173</sup> y alrededor del mundo. En efecto, estas instituciones financieras se han visto obligadas a modificar sus políticas de negocio, limitando sus estándares de tolerancia de riesgos, para responder adecuadamente ante clientes u operaciones que puedan implicar movimientos con dinero ilícito<sup>174</sup>. Los costos del incumplimiento de sus deberes van, desde el pago de elevadas multas –por el incumplimiento de deberes administrativos– hasta la imposición de sanciones penales.

No obstante esta aparente claridad práctica y conceptual, al analizar el papel de las entidades financieras como sujetos obligados, es frecuente encontrar lo que parece ser un problema de interpretación dogmática con consecuencias preocupantes. En efecto, no son pocas las voces que defienden la idea de acuerdo con la cual, los empleados del sector bancario poseen un deber de garante frente a las operaciones de sus clientes que involucren el flujo de capitales con origen ilícito. En consecuencia, algunos autores entienden que estos empleados deben también ser declarados responsables por el delito de BdeC de sus clientes a título de imprudencia grave o en comisión por omisión<sup>175</sup>. De acuerdo con una lógica de este tipo, la coherencia interpretativa llevaría a extender el alcance del tipo de

---

*Vertrauensverhältnis zum Bankkunden*, 2007; VERHAGE, *The anti-money laundering complex and the compliance industry*, 2009, p. 16.

<sup>173</sup> En el caso particular de España, las evaluaciones regionales del GAFI indican que el sector bancario del país está bien preparado para enfrentar el riesgo de BdeC. Según la evaluación del grado de cumplimiento de España respecto de la prevención del BdeC, “*banks are aware of the ML/TF risks and their AML/CFT obligations and have a low risk appetite when implementing AML/CFT measures*”. FATF, *Mutual Evaluation Report – Spain*, 2014, p. 91.

<sup>174</sup> Vid. PIETH/AIOLFI, *Journal of Financial Crime*, (10 - 4), 2003, p. 362.

<sup>175</sup> Así se posicionan, por ej., NEUHEUSER, «§ 261», *MK-StGB*, 2012, nm. 93; DEL CARPIO DELGADO, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, 1997, p. 212; STREE/HECKER, «§ 261», en SCHÖNKE/SCHRÖDER (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29ª ed., 2014, nm. 10; KÜHL/LACKNER, «§ 261», *StGB Kommentar*, 27ª ed., 2011, nm. 7; BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2015, p. 975; EL MISMO, *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales*, 1999, p. 132.

BdeC: ya que los bancos fácilmente pueden ser utilizados para realizar actos de “transmisión” de dinero “sospechosamente” ilícito (art. 301 CP), sería necesario –de nuevo, asumiendo esta lógica– imputarles la comisión de BdeC a título de dolo eventual.

Sumado a lo anterior, no puede obviarse que la implementación de la regulación para la prevención del BdeC ha estimulado la expansión del sector profesional dedicado a ofrecer servicios de *compliance*<sup>176</sup> (los denominados auditores y expertos externos especializados, *compliance officers* o consultores). Estos servicios son prestados en todos los ámbitos, pero son particularmente importantes en el giro ordinario de las instituciones financieras por tratarse, de nuevo, de entornos propicios para la generación de un mayor riesgo de BdeC. El escenario normativo generado por las políticas antiblanqueo ha llevado entonces a afirmar que los *compliance officers* también asumen una posición de garante frente a las prácticas delictivas de la empresa y, en consecuencia, son responsables penalmente por la perpetración del delito de BdeC en comisión por omisión<sup>177</sup> –esta imputación se realiza tomando como punto exclusivo de partida la legislación administrativa–.

Evidentemente, estas son interpretaciones apresuradas (e incorrectas) de las reglas de atribución de responsabilidad penal en materia de omisión. Al centrarse únicamente en los deberes administrativos de prevención, interpretaciones de este tipo omiten considerar –o, en todo caso, dejan de lado– los elementos materiales indispensables para constatar la existencia de la posición de garante. A saber, la asunción material de una tarea de protección o la existencia de una relación de especial dominio de la fuente de peligro<sup>178</sup>. En otras palabras: las posiciones de este tipo utilizan una interpretación formalista que transforma a los deberes

---

<sup>176</sup> MONTANER FERNÁNDEZ, «El criminal compliance desde la perspectiva de la delegación de funciones», *Estudios penales y criminológicos*, (XXXV), 2015, p. 759; BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, pp. 433 ss.

<sup>177</sup> NEUHEUSER, «Die Strafbarkeit des Geldwäschebeauftragten wegen Geldwäsche durch Unterlassen bei Nichtmelden eines Verdachtsfalles gemäß §1 Abs.1 GwG», *NZWist*, (7), 2015, p. 242; DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Posición del garante del compliance officer por infracción del ‘deber del control’: una aproximación tópica», en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (eds.), *El derecho penal económico en la era compliance*, 2013, p. 183.

<sup>178</sup> Cfr. ROBLES PLANAS, «El responsable de cumplimiento (“compliance officer”) ante el Derecho penal», en SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ (eds.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, 2013, pp. 320 ss.; SILVA SÁNCHEZ, «Deberes de vigilancia y compliance empresarial», en KUHLEN *et al.* (eds.), *Compliance y teoría del Derecho Penal*, 2013, p. 82.

administrativos en fuente de deberes penales<sup>179</sup>. Volveremos a ello más adelante<sup>180</sup>.

## 1.2. Actividades y negocios no-financieros

El segundo grupo de sujetos obligados recibe la denominación de “actividades y negocios no-financieros<sup>181</sup>” y está conformado por todos aquellos sectores profesionales que presentan un menor riesgo de blanqueo, si se les compara con aquel generado por las actividades de las instituciones financieras. Sin embargo, este menor riesgo comparado no implica una ausencia total del mismo: son también canales de alto riesgo de BdeC (y financiación del terrorismo), ya sea porque la naturaleza de su negocio permite la circulación de grandes sumas de capital o porque son instrumentos que permiten convertir el dinero ilícito en bienes con apariencia lícita. Las actividades que hacen parte de este grupo son, entre otras, aquellas de los casinos, las agencias inmobiliarias, los comerciantes de piedras y metales preciosos, los profesionales independientes como, por ejemplo, los contables, los auditores y administradores de *trusts* anglosajones y, en general, de todas las personas que ofrecen de forma profesional servicios de creación y gestión de empresas<sup>182</sup> (*company service providers*<sup>183</sup>). De este grupo

---

<sup>179</sup> De forma más detallada acerca de esta cuestión, véase: CARLOS DE OLIVEIRA, «Los deberes de garante en el blanqueo de capitales: derecho penal, civil, administrativo y el regreso de las tesis formalistas», en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (eds.), *Comprender el Derecho penal*, 2019, pp . 430 ss.

<sup>180</sup> Vid. *infra* Parte I, Cap. V. “Formas actuales de castigo del sujeto obligado”.

<sup>181</sup> Según la nomenclatura utilizada por el GAFI, más comúnmente designadas por la sigla en inglés, DNPBP (*Designated non-financial businesses and professions*). SHEPHERD, «The gatekeeper initiative and the risk-based approach to client due diligence», *The review of banking and financial services*, (28 - 4), 2012, p. 35. Véase, por ejemplo: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/RBA-Accounting-Profession.pdf>. Acceso en 12.11.2020.

<sup>182</sup> El rol completo de sujetos obligados pertenecientes a actividades no financieras es descrito en el art. 2, incisos l a x, de la L.O. 10/2010, que aquí se resume: l) promotores inmobiliarios; m) auditores de cuentas, contables externos o asesores fiscales; n) notarios y los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles; ñ) abogados, procuradores u otros profesionales independientes (solamente cuando participen en labores no exclusivas de abogado, es decir, en fases de preparación contenciosa, contenciosa o de defensa de los intereses de un cliente); o) personas que con carácter profesional se dediquen a la creación y gestión de empresas por cuenta de terceros: constituir sociedades u otras personas jurídicas; ejercer funciones de dirección o de secretarios no consejeros de consejo de administración o de asesoría externa de una sociedad, socio de una asociación o funciones similares en relación con otras personas jurídicas o disponer que otra persona ejerza dichas funciones; facilitar un domicilio social o una dirección comercial, postal, administrativa y otros servicios afines a una sociedad, una asociación o cualquier otro instrumento o persona jurídica; ejercer funciones de fiduciario en un fideicomiso (trust) o ejercer funciones de accionista por cuenta de otra persona, exceptuando las sociedades que coticen en bolsa en la UE y que estén sujetas a requisitos de información acordes con el Derecho de la Unión; p) casinos; q) personas que comercien profesionalmente con joyas, piedras o metales preciosos; r) personas que comercien profesionalmente con objetos de arte o antigüedades; s) empresas de “*tax-free*”, en la devolución de los impuestos pagos por extranjeros; t) personas que ejerzan actividades de depósito,

también hacen parte las dos profesiones más interesantes desde el punto de vista de las consecuencias jurídicas derivadas de los deberes que les son asignados como sujetos obligados: los abogados, notarios y registradores<sup>184</sup>.

Dejando de lado ciertas consideraciones de tipo operativo, los abogados han recibido una especial atención de la doctrina, en su rol de sujetos obligados, como consecuencia de los problemas que se derivan al imponerles la obligación de reportar las actividades sospechosas de sus clientes<sup>185</sup>. Un examen detallado de la situación jurídica en la que se encuentran los abogados al cumplir su rol de sujetos obligados sobrepasa los fines de esta investigación. Además, se trata de una cuestión que ha sido ampliamente discutida por autores calificados, a través de una bibliografía extensa y de gran calidad<sup>186</sup>. Por ello, a continuación me limitaré a sintetizar las conclusiones que se han formulado en esta discusión.

---

custodia o transporte profesional de fondos o medios de pago; u) loterías u otros juegos de azar presenciales o por medios electrónicos, apuestas mutuas deportivo-benéficas, concursos, bingos y máquinas recreativas (traga monedas) respecto de las operaciones de pago de premios; v) personas físicas que realicen movimientos de medios de pago (10 mil euros en transferencias desde el extranjero, y 100 mil euros en transferencias dentro de España); w) personas que comercien profesionalmente con bienes, cuando reciban pagos en efectivo o desde el extranjero por encima de 10 mil euros; x) fundaciones y asociaciones.

<sup>183</sup> Así, FATF, *Risk-Based Approach for Trust and Company Service Providers*, 2019, pp. 7 ss. (Disponible en: <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/RBA-Trust-Company-Service-Providers.pdf>. Acceso en 12.11.2020). Tras los escándalos de los Papeles de Panamá, el GAFI ha editado nuevos umbrales de riesgo para empresas que se dedican exclusivamente a crear, vender y administrar personas jurídicas y *trusts* anglosajones, pues estos servicios están directamente relacionados con la creación de empresas pantalla en paraísos fiscales, que son posteriormente utilizados por los autores de delitos para blanquear su dinero en el extranjero.

<sup>184</sup> Cfr. COBO DEL ROSAL/ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, *Blanqueo de capitales: abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios*, 2005, p. 35; COCA VILA, «El abogado frente al blanqueo de capitales. Entre Escila y Caribdis?», *InDret*, (4), 2013

<sup>185</sup> Como bien ha puesto de relieve SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES: “No puede dejar de sorprender, una vez iniciada una investigación judicial por blanqueo de capitales, que se pretenda que personas que supuestamente se dedican de forma pública y notoria al delito, no hubiesen sido perseguidas policialmente, y, empero, se desplacen dichos deberes de vigilancia policial retroactivamente hacia un abogado (o hacia el responsable de una sucursal bancaria, un notario, etc.), atribuyéndoles ex post unos deberes de control como si fuesen ellos los profesionales encargados de tal persecución. Ello tiene también repercusiones a nivel de tipo subjetivo: esta expansiva técnica legislativa y judicial acaba atribuyendo el dolo al abogado o a otros particulares, es decir, un conocimiento –sobre las actividades ilícitas de sus clientes–, que curiosamente, la propia Policía no tenía, a pesar de ser ellos los técnicos en criminalística; luego habrá que concluir que tan público y notorio el presunto blanqueo no debía ser –la procedencia ilícita del dinero–, con el lógico –y consecuente– corolario de tener que exonerar a los profesionales”. *InDret*, (1), 2008, p. 16.

<sup>186</sup> Cfr. NEUHEUSER, «§261», *MK-StGB*, 2012, nm. 84-91; WOHLERS, «Complicidad mediante acciones neutrales: exclusion de la responsabilidad juridico-penal en el caso de la actividad cotidiana o típicamente profesional», *Derecho Penal y Criminología*, (27), 2006; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *InDret*, (1), 2008; GLASER, *Geldwäsche durch Rechtsanwälte und Steuerberater bei der Honorarannahme*, 2009.

La piedra angular para comenzar a desentrañar los problemas originados por la dicotomía derecho al secreto profesional y deber de información fue definida por la sentencia del TEDH, de 6 de diciembre de 2012, (Caso Michaud c. Francia). Según el contenido de esta resolución, cuyo razonamiento ha sido adoptado en su totalidad por la 4ª Directiva ant blanqueo, los abogados solamente deben cumplir con sus deberes de información frente a la Unidad de Inteligencia Financiera, en los casos en los no se encuentren realizando actividades exclusivas de la profesión. Por ejemplo, cuando fungen como representantes en el marco del otorgamiento de poderes para la administración de empresas o cuando ejercen tareas de asesoramiento mercantil o societario<sup>187</sup>. De forma correlativa, los abogados no pueden ser considerados sujetos obligados –con respecto a la prevención del BdeC– cuando reciben informaciones de sus clientes en el contexto de la preparación de estrategias de defensa o en cualquier consulta que se lleve a cabo en fase pre-contenciosa. Es decir, cuando se encuentren inmersos en el desarrollo de actividades vinculadas con su rol profesional en la Administración de Justicia<sup>188</sup>.

Una mención especial merece el caso de la aceptación de honorarios por parte de los abogados, a sabiendas de que los valores del pago provienen de la actividad delictiva de su cliente (de acuerdo con el tenor literal del tipo, art. 301 CP, poseer dinero conociendo su origen ilícito constituye una causal de comisión del delito de BdeC). Este tema adquirió relevancia tras la decisión del Tribunal Superior de Hamburgo (*Oberlandesgericht - OLG*), que absolvió a un abogado que había sido condenado, un una instancia anterior, por haber recibido (por imprudencia grave o dolo eventual) honorarios pagados con dinero procedente de la actividad ilícita de sus clientes<sup>189</sup>.

---

Extensivamente sobre la cuestión en España, véase BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2015, pp. 675 ss.

<sup>187</sup> Vid. COCA VILA, *InDret*, (4), 2013, p. 10; CHAIKIN, «Financial Crime Risks and the Professions», en DAVID CHAIKIN (eds.), *Financial Crime Risks, Globalisation and the Professions*, 2013, p. 12; MÜSSIG, «Strafverteidiger als ‘Organ der Rechtspflege’ und die Strafbarkeit wegen Geldwäsche – Zu (strafrechtsdogmatischen) Perspektiven der Strafverteidigung nach dem Geldwäscheurteil des BVerfG», *wistra*, (6), 2005; PELÁEZ MARTOS, *Blanqueo de capitales. Obligaciones de empresas y profesionales en la nueva ley*, 2010, p. 320;

<sup>188</sup> Vid. HAMM, «Geldwäsche durch die Annahme von Verteidigerhonorar?», *NJW*, 2000; COCA VILA, *InDret*, (4), 2013, p. 636.

<sup>189</sup> Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, en SILVA SÁNCHEZ (eds.), *Libertad económica o fraudes punibles?*, 2002, p. 132; PÉREZ MANZANO, «Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales», en BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO (eds.), *Política criminal*



Dada la trascendencia y las implicaciones del caso, a continuación se presentará una síntesis del mismo. El juzgado motiva su decisión presentando una amplia reflexión en torno al significado y los alcances del derecho a la libre elección del letrado en los procedimientos penales. Derecho que, no debe obviarse, ha sido consagrado como derecho constitucional del acusado<sup>190</sup>. A renglón seguido, la autoridad judicial señala la falta los elementos necesarios para llevar a cabo, de forma satisfactoria, un proceso de imputación objetiva del delito blanqueo como consecuencia de la recepción del pago de honorarios: al actuar en defensa de su cliente el abogado está, en realidad, realizando una conducta neutral<sup>191</sup> o socialmente adecuada<sup>192</sup> desde el punto de vista penal. En estos términos, solamente podrá justificarse el castigo del abogado si este desviara el curso ordinario de su actividad profesional –o se aprovecha de ella– para favorecer la ocultación de los bienes de su cliente. Por ejemplo, por medio de la transmisión de bienes o la emisión de facturas falsas por servicios no prestados o con valores superiores a lo debido. Sin embargo, en este caso ya existirían elementos suficientes para constatar la comisión de un fraude, lo que permitiría concluir que la actividad analizada no hace parte de las labores cotidianas del abogado, entendido como un sujeto profesional que cobra por sus servicios, sino que se trata de ante una conducta propiamente delictiva<sup>193</sup>. En síntesis: por distintos caminos argumentativos, tanto la doctrina como la jurisprudencia han logrado dilucidar y restringir el rol del abogado considerado como sujeto obligado en la prevención del BdeC.

Llegados a este punto, es necesario abordar un tema de vital importancia para esta investigación. Si se analiza de forma detallada, el rol atribuido tradicionalmente a los abogados abarca, evidentemente, la defensa judicial de

---

y blanqueo de capitales, 2009; HAMM, «Geldwäsche durch die Annahme von Verteidigerhonorar?», *NJW*, 2000, p. 637; BARTON, «Verteidigerhonorar und Geldwäsche», *JuS*, 2004, p. 1037; BERND/FERNANDEZ, «Die Strafbarkeit des Strafverteidigers wegen Geldwäsche durch Annahme des Honorars nach südafrikanischem und deutschem Recht», *ZStW*, (126 - 2), 2014, p. 411.

<sup>190</sup> BERNSMANN, «Das Grundrecht auf Strafverteidigung und die Geldwäsche – Vorüberlegungen zu einem besonderen Rechtfertigungsgrund», *StV*, (1), 2000, p. 40; KUHLEN, *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, 2012, p. 91; NEUHEUSER, «§ 261», *MK-StGB*, 2012, nm. 80; SCHMIDT/KRAUSE, «§ 261», *LK-StGB*, 2010, nm. 27; ALTENHAIN, «§ 261», *NK-StGB. Band III*, 2005, nm. 124.

<sup>191</sup> Vid. WOHLERS, *Derecho Penal y Criminología*, (27), 2006, p. 132 ss.; PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO (eds.), *Política criminal y blanqueo de capitales*, 2009, p. 205.

<sup>192</sup> BARTON, «Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche (§261)», *StV*, (3), 1993, p. 162; BLANCO CORDERO, «Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales», *ADPCP*, (50 - 3), 1997, p. 290; WOHLERS, *Derecho Penal y Criminología*, (27), 2006, p. 135.

<sup>193</sup> Así, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *InDret*, (1), 2008, p. 16.

intereses, pero se extiende también a las labores de asesoría a los ciudadanos acerca de la interpretación de las leyes y de la aplicación práctica del Derecho en la vida cotidiana (en labores propias del Derecho civil, mercantil, fiscal, societario, etc.). Aun así, a pesar del estatus constitucional que cobija la labor de protección y representación de derechos de los ciudadanos, el Estado no exime absolutamente a los abogados del cumplimiento de los deberes de información y colaboración para la prevención del blanqueo que les son asignados.

Frente a ello, *desde la perspectiva del Estado*, parece que los intereses propios del sistema de prevención y control del blanqueo superan los derechos que protegen la relación de confianza entre abogado y su cliente<sup>194</sup>. Esta se presenta, a mi juicio, como una decisión equivocada frente a la ponderación de intereses de rango constitucional. Es cierto que la interpretación dogmática de las conductas neutrales de los sujetos obligados permite excluir la imputación penal de gran parte de las actividades de los abogados –y, así, castigar únicamente a aquellos que crean estructuras jurídicas destinadas a facilitar el blanqueo u otro delito (evasión fiscal, etc.). Pero el simple hecho de que la regulación antiblanqueo pueda ser enfrentada a una norma con estatus constitucional, como lo es la regulación de los derechos entre abogado-cliente, evidencia el peso que tiene la prevención del delito de BdeC y la voluntad del Estado por vincular a tantos sujetos como sea necesario en el marco de esta política de control<sup>195</sup>.

A continuación, procederemos a analizar el rol de los notarios en su condición de sujetos obligados. En los países iberoamericanos los notarios han desarrollado, tradicionalmente, una tarea eminentemente pública, que ha sido delegada por parte de la Administración a los particulares a través de un régimen especial de concesión. En este sentido, los notarios realmente desarrollan la función de

---

<sup>194</sup> Con detalles, vid. SCIURBA, *The Incompatibility of global anti-money laundering regimes with human and civil rights*, 2019, p. 80. Desde la promulgación de la primera ley administrativa de prevención del BdeC (L.O. 19/1993) la doctrina española ha llamado la atención acerca de los deberes de colaboración de los sujetos obligados. Vid. SÁNCHEZ STEWART, «Abogados y blanqueo de capitales», en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (eds.), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, 2011, p. 20; BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2015, p. 116. En el comentario a la Ley n. 19/1993, se afirma que “a todos los sujetos obligados por la Ley 19/1993, les alcanza la *obligación general de colaboración con la justicia impuesta*, para los casos de delitos, por la legislación penal, con independencia de las obligaciones administrativas impuestas por la Ley mencionada”. ALVAREZ PASTOR/EGUIDAZU PALACIOS, *Manual de prevención del blanqueo de capitales*, 2007.

<sup>195</sup> Crítico a respecto: HEINRICH, en ARZT *et al.* (eds.), *Strafrecht. BT*, 3ª ed., 2015 §29, nm. 7.

representantes de las funciones del Estado. Hecho que, según SILVA SÁNCHEZ, “publica” su labor<sup>196</sup>.

Ciertamente, los notarios son los *gatekeepers* por excelencia de la legalidad de las operaciones de sus clientes<sup>197</sup>, pues desarrollan la “función pública de garantizar la seguridad jurídica preventiva”<sup>198</sup>. No es entonces casualidad que ellos sean los sujetos obligados que mejor representan la delegación de deberes de prevención del Estado, al igual que la categoría de *cuasi-funcionarios* en que se hallan los demás sujetos obligados: deben cumplir con verdaderas tareas de apoyo a las funciones públicas de prevención delictiva.

La posición intermedia de los notarios como auxiliares del Estado en la prevención del delito de BdeC se evidencia también en la potestad que ejercen sobre los demás ciudadanos. Se trata de *cuasi-funcionarios* autorizados para solicitar de sus clientes toda la información que necesiten, emulando de forma eficaz el modo de actuación los *verdaderos* funcionarios públicos. La posición y protección legal de los notarios les confiere una autoridad sobre los ciudadanos, suficiente para solicitar informaciones y actuar como un representante del Estado, garantizando la legalidad de las operaciones sobre las que prestan fe pública (art. 172 RN).

Como consecuencia de esta particularidad, parte de la doctrina ha interpretado que la responsabilidad penal de los notarios por el incumplimiento de ciertas labores de vigilancia se fundamenta en la infracción de deberes institucionales<sup>199</sup>. Difiriendo de esta postura, adelantando una de las reflexiones que se mencionará en el capítulo dedicado a este tema, aunque su posición de representantes del

---

<sup>196</sup> Así, SILVA SÁNCHEZ, «Responsabilidad penal del notario», *Anuario de Derecho penal económico y de la empresa*, 2012, p. 113.

<sup>197</sup> En realidad, de acuerdo con SILVA SÁNCHEZ, los notarios son incluso más que *gatekeepers*, son verdaderos representantes del Estado: “el notario es ciertamente más que un mero *gatekeeper*. Sus funciones de asesoramiento y documentación trascienden a la mera condición de *canonero*. Pero también es un *gatekeeper*. Y, según cual sea la configuración de su actuación en un caso concreto, cabe la posibilidad de que la función de *gatekeeper* ocupe un lugar central: en efecto, no es lo mismo que el notario proceda a la redacción directa del documento, o que lo haga según minuta que se le proporciona por los servicios jurídicos de una de las partes (o de ambas) o según los términos del contrato privado”. SILVA SÁNCHEZ, «La intervención de notarios en la comisión de delitos patrimoniales y económicos», *Estudios de Derecho Penal. Consejo General del Poder Judicial*, (73), 2006, p. 182.

<sup>198</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Responsabilidad penal del notario», *Anuario de Derecho penal económico y de la empresa*, 2012, p. 112.

<sup>199</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, «Responsabilidad penal del notario», *Anuario de Derecho penal económico y de la empresa*, 2012, p. 114.

Estado pueda generar deberes institucionales, ello no significa que la omisión de dichos deberes equivalga –material y normativamente– a la infracción de deberes activos de protección. En otras palabras: se trata, en mi opinión, de deberes institucionales cuya infracción no fundamenta la imputación, en comisión por omisión, del BdeC. Se está, más bien, frente a la infracción de una omisión pura de garante. Pero ello se verá más adelante<sup>200</sup>.

En definitiva, tal y como subraya SILVA SÁNCHEZ, los notarios ejercen un rol de *cuasi-garantes* frente a operaciones de BdeC<sup>201</sup>. No obstante, esto no significa que se trate de “garantes” en un sentido estricto: solo si se cumplen determinadas circunstancias serán responsables penalmente por su participación en los delitos de sus clientes pero, en ningún caso a título de comisión por omisión<sup>202</sup>.

Finalmente, no puedo finalizar este apartado sin mencionar que la labor de *cuasi funcionarios* de los notarios ha cobrado mayor importancia en el actual contexto de prevención y control del BdeC y seguirá cobrándola tal y como lo adelantan los proyectos de reforma que se tramitarán ante el poder legislativo<sup>203</sup>. Mientras que, en un primer momento, los notarios debían prestar atención a esquemas de defraudación relativamente simples –como, por ejemplo, la declaración de un precio de compraventa inferior al precio real, para generar una base imponible más baja y evitar ciertos pagos a la Hacienda Pública<sup>204</sup>–, en la actualidad se

---

<sup>200</sup> Vid. *infra* Parte I, Cap. V.2.

<sup>201</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «La intervención de notarios en la comisión de delitos patrimoniales y económicos», *Estudios de Derecho Penal. Consejo General del Poder Judicial*, (73), 2006, p. 186.

<sup>202</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Estudios de Derecho Penal. Consejo General del Poder Judicial*, (73), 2006

<sup>203</sup> Cf. *Communication from the Commission on an Action Plan for a comprehensive Union policy on preventing money laundering and terrorist financing*, p. 4. Disponible en: [https://ec.europa.eu/finance/docs/law/200507-anti-money-laundering-terrorist-financing-action-plan\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/finance/docs/law/200507-anti-money-laundering-terrorist-financing-action-plan_en.pdf). Acceso en 12.11.2020. De hecho, el plan de acción para prevención del BdeC a nivel europeo resalta la importancia de ampliar los registros de titularidad real y la transparencia y acceso a dichas informaciones. Este es uno de los temas que más importancia ha cobrado en los últimos años, y en España, deberá ser ejecutado por los notarios y los registradores mercantiles, por vía del Registro de Titularidades Reales (Orden JUS/319/2018, de 21 de marzo, por medio de la cual se aprueban los nuevos modelos para la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales de los sujetos obligados a su publicación).

<sup>204</sup> Como mencionaba PALMA HERRERA en su obra del año 2000 sobre las “operaciones comunes de blanqueo” en relación con los notarios: “Declarar un importe inferior es el medio de que parte del dinero recibido por la venta de un inmueble escape al control de Hacienda y, en consecuencia, de que no haya que tributar por él. Por el contrario, declarando un importe superior al recibido, aunque se tribute por el exceso declarado, ese dinero tiene ya una apariencia absolutamente legal, pues procede de una buena venta de un inmueble. Por esta razón, sirven de poco los distintos mecanismos de comprobación de divergencias entre el valor real y el declarado, pues están pensados para la defraudación tributaria, pero no para el supuesto contrario que es el que encubre la operación de blanqueo”. (PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales*, 2000, p. 207).

enfrentan a prácticas y esquemas mucho más sofisticados. Por esta razón, los notarios deben cumplir deberes “calificados” como la identificación de los beneficiarios reales de las empresas<sup>205</sup> o, en el caso del Colegio notarial, ejercer la potestad sancionadora sobre las Notarías por el incumplimiento de las medidas de prevención del blanqueo<sup>206</sup>.

El análisis de una parte significativa del grupo de sujetos obligados a prevenir el BdeC que se ha presentado tiene un carácter meramente enunciativo. Un comentario exhaustivo de cada uno de los miembros de la lista del art. 2 L.O. 10/2010 desviaría innecesariamente el enfoque de la argumentación. En todo caso, partiendo de la información presentada en los párrafos anteriores, es preciso concluir que, a cada una de las categorías de sujetos obligados, según sus particularidades, la han sido asignadas tareas de colaboración con el Estado para prevenir el blanqueo. Dichas tareas sobrepasan, en la mayoría de los casos, los límites tradicionales propios de las actividades ordinarias del sector que se analice. Es el caso, por ejemplo, de la modificación de ciertas figuras como el secreto bancario o la confidencialidad absoluta de la relación entre clientes y abogados. Se trata entonces de medidas de colaboración que implican un esfuerzo importante por parte de cada sector, con el objetivo de adaptarlas a los desafíos normativos, prácticos y económicos de sus actividades.

Otra conclusión evidente de este apartado es que no a todos los sujetos obligados por la Ley de blanqueo de capitales les es atribuido el mismo grado de responsabilidad. Mientras algunos de estos sujetos ejercen funciones derivadas de la existencia de una concesión para la realización de un servicio público (como los bancos o los notarios, como fedatarios públicos), otras categorías de sujetos ejercen actividades que no se encuentran directamente vinculadas con los intereses inmediatos de la administración pública. En efecto, el sistema de responsabilidad válido para notarios, servicios financieros u otras actividades de directa interferencia en el sector económico<sup>207</sup>, no necesariamente se corresponde

---

<sup>205</sup> Cfr.: “*El Notariado identifica a los titulares reales de 2.229.000 sociedades y organizaciones*”, Revista escritura pública, julio-agosto 2017. Disponible en: [http://www.notariado.org/liferay/c/document\\_library/get\\_file?folderId=12092&name=DLFE-248122.pdf](http://www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?folderId=12092&name=DLFE-248122.pdf). Acceso en 13.11.2020. Esta situación, sin embargo, será cambiada en breve por la reforma esperada de la L-O. 10/2010, que prevé la creación de un registro nacional de titulares reales, bajo la gestión del Ministerio de Justicia.

<sup>206</sup> Art. 44.2 *i*, del Real Decreto 304/2014.

<sup>207</sup> Ello se comprueba, no solo desde una perspectiva formal o teórica, sino también a partir de datos empíricos y de la percepción de agentes de policía y de los propios sujetos obligados.

con aquel concebido para las profesiones liberales u otras actividades que no ejercen ninguna función pública. Mientras que los sujetos “calificados” se adscriben a la lógica normativa de los deberes especiales de prestación positiva, los demás sujetos obligados serán imputados atendiendo a criterios tradicionales de libertad de organización y de responsabilidad por las consecuencias.

## 2. Tipologías de los deberes de prevención

Como ya se ha mencionado, los pilares del sistema integral de prevención del BdeC se encuentran organizados y distribuidos en el marco de: a) el sistema de justicia criminal, b) las sanciones administrativas; c) la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF); d) los deberes de información sobre operaciones sospechosas y e) los deberes de diligencia debida. Sin embargo, atendiendo a su ubicación funcional en este sistema multi-orgánico, los sujetos obligados se encuentran especialmente vinculados con dos de estos pilares, a saber, los deberes de información y de diligencia debida. Se trata, realmente, del cumplimiento de medidas que se encuentran, directa o indirectamente, vinculadas con el deber positivo de colaboración de estos sujetos con los órganos de investigación para la articulación del sistema de prevención del BdeC.

Como bien es sabido, las normas de prevención del BdeC (L.O. 10/2010 y reglamento, directrices europeas, recomendaciones del GAFI) están estructuradas de modo relativamente homogéneo en todos los países europeos –es decir, no son una carga impuesta exclusivamente a los sujetos obligados en España<sup>208</sup>-. En concreto, las reglas de la Ley 10/2010 hacen referencia a dos clases distintas de deberes de prevención del BdeC asignados a los sujetos obligados<sup>209</sup>: de un lado, el deber administrativo primario de informar a la UIF acerca de operaciones

---

BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ, *Gefährdung von Rechtsanwälten, Steuerberatern, Notaren und Wirtschaftsprüfern durch Geldwäsche*, p. 27 y ss.

<sup>208</sup> De forma general, las reglas administrativas se cuentan con capítulos dedicados a enumerar el rol de sujetos obligados, a detallar las medidas de diligencia debida con relación a los clientes, a establecer los deberes de transmisión de información a la UIF y a regular los demás procedimientos administrativos (funcionamiento de los órganos de supervisión, multas y protocolos de información).

<sup>209</sup> Medidas de Diligencia Debida estándar, art. 3 a 6 de la L.O. 10/2010, y medidas de diligencia reforzadas y simplificadas, art. 7 a 16 de la L.O. 10/2010 (deber de identificación del cliente, del propósito y origen de la relación de negocios y de seguimiento de esa relación, identificación de personas con responsabilidad pública). Se trata de medidas que se ajustan a los estándares internacionales con el fin de garantizar la ética y la transparencia de las operaciones financieras y de negocios. Cfr. HERZOG/ACHTELIK, en HERZOG (eds.), *GwG-Kommentar*, 2ª ed., 2014, nm. 73.

sospechosas de BdeC y, de otro lado, los deberes secundarios de diligencia debida.

A modo de aclaración terminológica, debe subrayarse que la mención de las categorías de deberes primarios y secundarios se fundamenta en el entendimiento que se tenga de la posición que estos deberes ocupan frente al deber de colaboración. En otras palabras, el sistema de prevención de blanqueo requiere la participación activa de los sujetos obligados –principalmente a través de la remisión de informes de operaciones sospechosas (*suspicion transaction reports*<sup>210</sup>), que suministran los datos necesarios para facilitar la labor de la UIF–. En ese sentido, considero al deber de información como un deber administrativo primario de todo el sistema de prevención del BdeC. Los deberes de diligencia son, en esta lógica, secundarios al deber de información y, consecuentemente, también secundarios al deber de colaboración.

En definitiva, el giro copernicano del sistema de prevención del BdeC se ha basado en la delegación a los sujetos obligados de las actividades y medidas necesarias para evitar que dineros de origen ilícito ingresen al sistema financiero. Se ha basado, además, en la imposición de deberes de información a dichos sujetos, cuando existan sospechas acerca de la naturaleza del capital y de su posible incorporación a instituciones legítimas<sup>211</sup>.

En efecto, la L.O. 10/2010 asigna, explícitamente, el deber de adoptar medidas de diligencia debida<sup>212</sup>, que sean adecuadas para identificar y conocer el perfil de los clientes y de sus operaciones financieras (arts. 7 a 16), además de establecer medidas específicas para dar seguimiento continuo a las relaciones de negocios (art. 6)<sup>213</sup>. La idea estratégica de fondo es permitir la interrupción de las

---

<sup>210</sup> Vid. VERHAGE, *Crime Law Soc Change*, (52), 2009, p. 24; EUROPOL, *From suspicion to action*, 2017, p. 33.

<sup>211</sup> Cfr. LEVI/REUTER en TONRY (eds.), *The Oxford Handbook of crime and public policy*, 2011, p. 357.

<sup>212</sup> Las medidas de diligencia debida con respecto al cliente implican obligaciones más amplias para los sujetos obligados que las medidas tradicionales de prevención de riesgos, características de la actividad profesional. Estas medidas de diligencia debida son particularmente severas en el caso del sector financiero. Como principio general, la diligencia debida requiere la implementación de un elevado nivel de cuidado, que cobijará a todas las actividades comerciales para evitar la generación de riesgos de BdeC y cumplir, al mismo tiempo, con la exigencia legal de la buena fe. ANDREW, «The Wolfsberg Principles - an analysis», *Journal of Money Laundering Control*, (7 - 3), 2004, *passim*.

<sup>213</sup> Vid. MILANS DEL BOSCH, «Principales novedades que introduce la Ley 10/2010, de 28 de abril, sobre prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo», en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (eds.), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, 2011, p. 54.

operaciones sospechosas y remitir las informaciones relevantes a la UIF para evaluar la veracidad y magnitud del riesgo de blanqueo. Atendiendo a esta finalidad, la L.O. 10/2010 impone a los sujetos obligados, junto al deber de informar (comunicación sistemática y comunicación por indicios, arts. 17 a 20), la obligación de mantener un registro de datos de clientes y operaciones (*record keeping*) y de colaborar con la UIF (Sepblac), incluso en el evento en el que esta unidad solicite informaciones complementarias<sup>214</sup>.

Desde la promulgación de las primeras normas relativas a la prevención y el control del BdeC, los deberes de identificación del cliente (*KYC, Know Your Customer*) se han convertido en las medidas de mayor intensidad impuestas a los sujetos obligados y, en particular, al sistema financiero<sup>215</sup>. Como ya lo adelanta su denominación, este deber pretende garantizar la adecuada identificación del cliente y el conocimiento veraz de sus actividades, de tal suerte que los capitales de origen potencialmente ilícito sean descubiertos (este proceso se perfecciona, por ejemplo, por medio de la comparación de los ingresos normales obtenidos con actividades como las reportadas por el cliente y los flujos reales de capital que maneja).

Adicionalmente, el deber de identificación del cliente funciona como mecanismo estratégico para garantizar la transparencia e integridad del sistema financiero<sup>216</sup>. De hecho, como se subraya en algunos documentos oficiales, el deber de identificación del cliente constituye el punto de partida, la puerta de entrada, de

---

<sup>214</sup> A través de mecanismos de *feedback*, es decir, siempre que la UIF considere que son necesarias informaciones adicionales o que el sujeto obligado adopte medidas internas para elevar la capacidad de obtención de informaciones del cliente.

<sup>215</sup> Históricamente, uno de los documentos más relevantes publicados sobre el tema es el manual de diligencia debida para el sector bancario, publicado por el Comité de Basilea de Supervisión Bancaria (*Basler Ausschuss für Bankenaufsicht*) y por el BIS, *Bank for International Settlements* (organización internacional formada por 62 Bancos Centrales de todo el mundo, con sede en Basilea, Hong Kong y Mexico DF para el desarrollo de medidas de gobernanza y seguridad bancaria), publicado en 1988 y actualizado periódicamente (*Sorgfaltspflicht der Banken bei der Feststellung der Kundenidentität* (<https://www.bis.org/publ/bcbs85g.pdf>. Acceso en 13.11.2020). La última actualización, realizada a finales de 2017, se ocupa, en particular, del desarrollo de las medidas de diligencia debida para la apertura de cuentas corrientes bancarias. Cfr. BIS. *Sound management of risks related to money laundering and financing of terrorism*. Disponible en: <https://www.bis.org/bcbs/publ/d405.pdf>. Acceso en 13.11.2020. Como menciona FLOHR: “In 2001, the BCBS (Basel Committee on Banking Supervision) again reinforced the preventive approach to AML when it issued its document on ‘Customer Due Diligence for Banks’ that is wholly devoted to elaborating what customer due diligence requires in terms of bank compliance. With its 15 pages of text the statement remains by far the most detailed set of international standards pertinent to bank regulation in the area of AML” . FLOHR, *Self-regulation and legalization: Making global rules for banks and corporations*, 2014, p. 101.

<sup>216</sup> Vid. HERZOG/ACHTELIK, en HERZOG (eds.), *GwG-Komentar*, 2ª ed., 2014, nm. 73, 88.



los mecanismos de prevención del BdeC. Los errores ocurridos en la implementación de estos procedimientos dificultan sustancialmente las posibilidades de los sujetos obligados y, consecuentemente, de la UIF, para identificar los escenarios de riesgo de blanqueo y analizar a las operaciones sospechosas del cliente<sup>217</sup>. En este escenario adquieren importancia los esfuerzos dirigidos a flexibilizar las reglas sobre el secreto bancario<sup>218</sup> que ya se han mencionado anteriormente.

Para poder cumplir adecuadamente con la implementación de las medidas de prevención descritas en los párrafos anteriores, los sujetos obligados deben hacerse cargo de los costes de la implementación de los denominados programas de cumplimiento (*compliance programs*)<sup>219</sup>. Estos programas implican la adopción de políticas rigurosas de admisión de clientes, el desarrollo de protocolos de seguridad previos a la prestación de servicios financieros y el seguimiento continuado de las actividades de sus clientes. También requieren el entrenamiento de trabajadores y la implementación de canales internos de denuncia (*whistleblowers*<sup>220</sup>), para asegurar que las informaciones sobre operaciones sospechosas lleguen a las autoridades o instancias responsables (bien sea el departamento de *compliance* de la empresa o, directamente, la UIF<sup>221</sup>). La puesta en marcha de un sistema de este tipo implica, obviamente, la ocupación de un extenso contingente de profesionales<sup>222</sup> encargados de orientar los procesos de

---

<sup>217</sup> Vid. EUROPOL, *From suspicion to action*, 2017, p. 38.

<sup>218</sup> Cfr. FLOHR, *Self-regulation and legalization: Making global rules for banks and corporations*, 2014, p. 141.

<sup>219</sup> Cfr. LAUFER, «Compliance and evidence: glimpses of optimism from a perennial pessimist», en TIEDEMANN *et al.* (eds.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, 2016, p. 436; LAUFER, *Vanderbilt Law Review*, (52), 1999, pp. 1393 ss.; VLCEK, «Privatising Security in Finance: Measures Against the Money Threatening Society», en BURES/CARRAPICO (eds.), *Security Privatization: how non-security-related private businesses shape security governance*, 2018, p. 103.

<sup>220</sup> Vid. KREMER/KLAHOLD, «Compliance-Programme in Industriekonzernen», *ZGR*, (39 - 1), 2010, p. 128; SIEBER, «Programas de “compliance” en el Derecho penal de la empresa», en NIETO/ARROYO ZAPATERO, (eds.), *El derecho penal económico en la era compliance*, 2013, p. 111.

<sup>221</sup> PETER, «Enhancing effectiveness of anti-money laundering laws through whistleblowing», *Journal of Money Laundering Control*, (17 - 3), 2014, p. 333. La implementación de mecanismos de denuncia interna para poner en contacto directo a la UIF con los trabajadores (en los supuestos en los cuales el trabajador, luego de haber notificado a sus superiores jerárquicos sobre la sospecha de BdeC, sabe que no hubo un seguimiento adecuado por parte de la empresa a su denuncia) fue una medida adoptada en España, de forma definitiva, a través de la breve reforma de la L.O. 10/2010, promulgada el 04.09.2019, que añadió el art. 63.

<sup>222</sup> Cfr. FAVAREL-GARRIGUES *et al.*, «Sentinels in the banking industry: private actors and the fight against money laundering in France», *British Journal of Criminology*, (48), 2008, p. 8 ss.; JAKOBI, «Governing illicit finance in transnational security spaces: the FATF and anti-money laundering», *Crime, Law and Social Change*, (69 - 2), 2018, p. 176.

adopción de las medidas de prevención del BdeC<sup>223</sup> y, en cierta medida, la autolimitación de los bancos en el ejercicio de su actividad<sup>224</sup>. Adicionalmente, para cumplir a cabalidad con los deberes de información, los sujetos obligados de mayor tamaño deben crear y administrar extensas bases de datos y velar por la seguridad y protección de estos datos, exigencias que demandan la implementación de tecnologías informáticas sofisticadas<sup>225</sup>.

Para terminar, es conveniente subrayar un aspecto particular de las medidas de prevención que se acaban de describir. Estas medidas se enfocan en atenuar el cúmulo de riesgos que *el cliente* representa para el Estado y no se ocupan, en realidad, de regular las actividades de los sujetos obligados, entendidos como fuentes potenciales de peligro. Se trata, en otras palabras, de medidas destinadas a proteger exclusivamente intereses estatales *frente al cliente* que se concretan en el descubrimiento y decomiso de capitales ilícitos. Así entendidos, los deberes de cuidado radicados en cabeza de los empleados de los sectores obligados solo tendrán una función secundaria de protección frente a los riesgos que el desarrollo de sus actividades pueda ocasionar para los intereses del Estado. A mi entender, las medidas administrativas dirigidas esencialmente a regular la organización interna de las distintas actividades profesionales desarrolladas por los sujetos obligados –y que tienen como finalidad la contención de los *riesgos propios*– son, entre otras, las medidas de control interno, de formación y capacitación de los empleados, la adopción de manuales internos de comportamiento frente a transacciones de riesgo, las políticas de admisión del cliente o aquellas concebidas para controlar la exposición a riesgos de sucursales y filiales (arts. 26 a 33 L.O. 10/2010). Si bien es cierto que la identificación del cliente hace parte del conjunto de medidas que ayudan a la empresa a controlar su propio riesgo de exposición a operaciones de blanqueo<sup>226</sup>, la lógica del sistema

---

<sup>223</sup> Vid. VERHAGE, *The anti-money laundering complex and the compliance industry*, 2009, *passim*; FAVAREL-GARRIGUES *et al.*, *Security Dialogue*, (42 - 2), 2011, p. 180.

<sup>224</sup> Cfr. VAN DER BROEK, «The EU's preventive AML/CFT policy: asymmetrical harmonisation», *Journal of Money Laundering Control*, (14 - 2), 2011, p. 173.

<sup>225</sup> Cfr. EUROPOL, *From suspicion to action*, 2017, p. 37.

<sup>226</sup> La labor de vigilancia de los sujetos obligados abarca también escenarios de control de empresas de mayor tamaño sobre otras de menor tamaño, que incluyen las medidas de diligencia a nivel de grupo – sobre filiales que actúen en otros países– o las demandas de *compliance* formuladas por las empresas mayores a sus contratistas. Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, en MONTANER FERNÁNDEZ/SILVA SÁNCHEZ (eds.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, 2013, p. 177. De otro lado, según las tesis acerca de la regulación, la concentración en empresas de gran tamaño del control sobre actividades de riesgo es una estrategia adecuada para el ejercicio de la regulación. Esto permitiría al Estado encargarse del control y fiscalización de un número menor de agentes y hacerlo de forma

de prevención del BdeC concibe realmente a los deberes de información y de diligencia debida como instrumentos operativos diseñados para proteger los intereses del Estado, convirtiendo a los sujetos obligados en *longa manus* de la Unidad de Inteligencia Financiera. En consecuencia, resulta coherente afirmar que las medidas de diligencia debida y de recolección, transmisión y administración de información, solo sirven para proteger frente a la generación de riesgos derivados del desarrollo de la actividad profesional o de la empresa de forma residual –casi accidental–.

Esta investigación no pretende ocuparse con el análisis de todos los pormenores de la norma administrativa. Las particularidades de la L.O. 10/2010 no alteran la esencia del argumento que aquí se ha desarrollado: el Estado delega en los sujetos obligados ciertos deberes de colaboración con los órganos de investigación, deberes que se concretan en una serie de deberes primarios y secundarios, cuya vulneración implica, de forma problemática, la incriminación de estos sujetos obligados por conductas de blanqueo imprudente o en comisión por omisión.

### 3. Deberes cuasi-policiales de los sujetos obligados

Como he indicado en el apartado anterior, los deberes administrativos que se describieron convierten a todos los sujetos obligados en vigilantes de la licitud de la actividad de terceros, situación que, históricamente, era exclusiva de la labor de los notarios. Un análisis detallado permite afirmar que los sujetos obligados ocupan una posición de *gatekeepers*<sup>227</sup> frente al BdeC, “una suerte de policía

---

estandarizada. Los agentes de gran tamaño tendrán, a su vez, autonomía y poder para sumir la responsabilidad por el cumplimiento de las reglas administrativas por parte de las empresas de menor tamaño. En este sentido, existe cierto consenso en la literatura sobre la regulación económica en torno a la idea de que “*regulation creates big business*”, y, en esta medida, los *big business* son responsables por las fallas de regulación de los negocios de menor tamaño con quienes realicen negocios. Por ejemplo, una gran empresa de productos químicos podrá ser responsabilizada por los estándares insuficientes de seguridad de sus proveedores. BRAITHWAITE, «The regulatory state?», en RHODES (eds.), *The Oxford Handbook on Political Institutions*, 2006, pp. 419-421.

<sup>227</sup> La expresión “*gatekeepers*” es empleada generalmente empleada para hacer referencia a los asesores jurídicos, notarios, auditores, etc. que tienen la función de verificar y garantizar el cumplimiento normativo dentro de la empresa (en efecto, dos de los escritos paradigmáticos sobre el tema destacan la labor del abogado como responsable de los controles internos en la empresa para evitar la comisión de delitos). Cfr. COFFEE JR, *Columbia Law School. Working Paper*, (207), 2002; COFFEE, «The Attorney as a Gatekeeper: an Agenda for the SEC», *Columbia Law School. Working Paper n. 221*, (5 - 103), 2003). Como menciona NIETO MARTIN, en sus orígenes, los vigilantes (*gatekeepers*) eran profesionales “externos a la organización de la empresa, que tenían como función el control de la actividad de la actuación de las corporaciones, con el fin de salvaguardar determinados intereses colectivos”. (Cfr.

privado que se incorpora en el proceso económico para prevenir la comisión de ilícitos”<sup>228</sup>. Atendiendo a esta denominación, en desarrollo de su función de protección especial de ciertos bienes jurídicos, su tarea primordial consiste en no ejecutar –ni permitir que se ejecuten– operaciones que generen riesgos de BdeC. En estos términos, los sujetos obligados poseen, en su posición de *gatekeepers*, una competencia especial (preferente<sup>229</sup>) para evitar operaciones que involucren capitales de origen supuestamente ilícito. En mi opinión, en estas situaciones los sujetos obligados adquieren facultades *cuasi-policiales*, y las personas jurídicas se convierten “en un delegado de prevención de los delitos que se comentan en su seno”<sup>230</sup>.

Otro ejemplo de la delegación de tareas *cuasi-policiales* son los canales de denuncia interna añadidos por la reforma de la L.O. 10/2010, que incluyó los arts. 26 bis y 63, ambos enfocados en la regulación de la recopilación de informaciones y los procedimientos de denuncia. Mientras que el primero de los artículos determina la implementación de canales de denuncia en la empresa, el segundo prevé la posibilidad de denuncia directa por parte de los empleados de la empresa ante el Sepblac (*whistleblowers*).

Sin lugar a dudas, el entorno internacional ha venido reconociendo, cada vez con mayor intensidad, el rol determinante que tienen los canales de denuncia como medio adecuado para impulsar investigaciones criminales. Esto ha quedado claro en el contenido de las directivas europeas en materia de prevención del blanqueo

---

NIETO MARTÍN, «Regulatory capitalism y cumplimiento normativo», en NIETO MARTÍN/ARROYO ZAPATERO (eds.), *El derecho penal económico en la era compliance*, 2013, p. 25). Sin embargo, en el contexto actual de la prevención del BdeC, esta expresión se ha generalizado para describir las funciones de los sujetos obligados, tendientes a proteger al sistema financiero libre de la incorporación de flujos de capital ilícito. De hecho, cuando las 40 Recomendaciones anti blanqueo del GAFI mencionan el rol de sujetos obligados de los negocios y profesiones no-financieras, realmente están retomando una iniciativa del G8 – Moscú 1999 llamada “*Gatekeepers Initiative*” (Cfr. REUTER /TRUMAN, *Chasing dirty money: the fight against money laundering*, 2005, p. 60). En estos términos, la regulación del BdeC convierte efectivamente a todos los sujetos obligados en vigilantes y denunciadores de las operaciones financieras sospechosas. En consecuencia, parece correcto concluir que esta expresión se refiere a ellos, sin mayores matices. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (eds.), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, 2011, p. 214.

<sup>228</sup> Así, BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 314.

<sup>229</sup> Vid. infra Parte III, Cap. III.3. “Competencia preferente de los sujetos obligados”.

<sup>230</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, 2015, p. 151. Vid., asimismo, HIMAAMBO, «Role of Banks as Private Police in the Anti-Money Laundering Crusade», *Bocconi Legal Papers*, (9), 2017, p. 164 ss.

de capitales<sup>231</sup> y de protección de los alertadores<sup>232</sup> –*whistleblowers*<sup>233</sup>. Además, ha jugado un papel fundamental en los recientes escándalos revelados, justamente, por las denuncias realizadas por informantes<sup>234</sup>. Respetando la lógica que orienta el desarrollo de la presente investigación, es preciso cuestionar si el deber de denuncia, tal y como se ha consagrado en la Ley de blanqueo, es, en alguna medida, semejante al deber genérico de denuncia del art. 264 de la Ley de Enjuiciamiento criminal<sup>235</sup> o al deber de impedir delitos del art. 450 CP.

Efectivamente, aunque todavía existen servicios públicos encargados de la recepción de denuncias relativas a la presunta comisión de delitos<sup>236</sup>, las propias empresas siguen siendo responsables de la implementación y gestión de canales de información internos que permitan la remisión a los órganos competentes de sospechas fundadas sobre la presunta comisión de delitos.

La razón que ha justificado la implementación de un sistema de denuncia con estas características es la adopción del argumento de mayor eficiencia en la distribución de tareas<sup>237</sup>: se reconoce que los empleados se encuentran en mejores condiciones para identificar conductas sospechosas de implicar la

---

<sup>231</sup> Las bases de la actualización de la cuarta Directiva contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo (Directiva EU 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015) fueron el aumento de la transparencia, la identificación de la titularidad real, y la creación de canales de denuncia internos obligatorios. Asimismo, la quinta Directiva antiblanqueo (Directiva EU 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018) se centra en reforzar la transferencia de informaciones, además de abordar cuestiones novedosas acerca del uso de monedas electrónicas.

<sup>232</sup> La expresión *whistleblowers* puede ser traducida como alertadores, denunciadores o informantes de actividades ilícitas llevadas a cabo en el contexto de la administración pública o de las empresas privadas. RAGUÉS I VALLÉS, *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho penal*, 2013, p. 19.

<sup>233</sup> La nota introductoria de la Directiva europea de protección de los *whistleblowers* resalta el hecho de que las informaciones compartidas por estos sujetos constituyen ayudas fundamentales para poder detectar amenazas o daños a los intereses públicos que, de otro modo, quedarían ocultos. El objetivo de la Directiva es garantizar la seguridad de las personas dispuestas a denunciar delitos. Cf. Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32019L1937>. Acceso en 13.11.2020.

<sup>234</sup> Cfr. J. TRAUTMAN, *Penn St. L. Rev.*, (807), 2017, p. 870.

<sup>235</sup> Cfr. RAGUÉS I VALLÉS, «¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (*whistleblowers*) como estrategia político-criminal», *InDret*, (3), 2006, p. 6; PALACIOS CRIADO, «Agentes intervinientes: el deber de colaboración. Especial mención de los notarios», *Estudios de derecho judicial*, (73), 2005, p. 59.

<sup>236</sup> De modo general, se trata de los servidores públicos definidos como *ombudsman*, responsables de recibir denuncias generales o provenientes de las oficinas antifraude de la administración pública (este es un ejemplo de éxito relatado por la Agencia Catalana antifraude. Véase: <https://www.antifrau.cat/ca/>). La denuncia anónima también puede ser remitida directamente a las fuerzas y cuerpos de seguridad o a la fiscalía.

<sup>237</sup> Vid. NIETO MARTÍN, Adán, «El programa político-criminal del Corporate Government», *Revista de derecho y proceso penal*, (11), 2004, p. 260.

comisión de un delito. No obstante, el sistema de denuncias anónimas característico del *whistleblowing* es considerado por algunos autores como una expresión de la privatización del proceso de control del BdeC, como un fenómeno de *private law enforcement*, “consistente en la delegación por parte del Estado a agentes privados de ciertas funciones relacionadas con la prevención, el descubrimiento y la sanción penales<sup>238</sup>”.

A pesar de la existencia de los deberes de adopción de medidas de *compliance* y de fortalecimiento de los canales de denuncia interna, nada es más característico del deber de colaboración que la asignación de deberes de información. En la práctica, en el nuevo entorno de la lucha contra la criminalidad financiera se adscriben a los particulares tareas de recopilación de datos en proporciones exponenciales, a la vez que estas informaciones son utilizadas en el marco de la persecución penal<sup>239</sup>. En este sentido, desde el punto de vista de los particulares, el sistema de prevención del BdeC es entendido como un deber de trabajar conjuntamente con la Unidad de Inteligencia Financiera e, indirectamente, con los órganos de Administración de Justicia, por medio de la transferencia de informaciones y de la entrega de todos los medios de prueba posibles, recolectados en el desarrollo de tareas de investigación de los orígenes del capital<sup>240</sup>.

Como consecuencia de esta dinámica, grupos enteros de profesionales y de actividades empresariales son transformados en colaboradores policiales (*Hilfspolizisten*)<sup>241</sup> o en representantes *de facto* de los órganos responsables por llevar a cabo las tareas sustantivas de la etapa de investigación probatoria<sup>242</sup>.

---

<sup>238</sup> Así, RAGUÉS I VALLÉS, *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho penal*, 2013, p. 37.

<sup>239</sup> Vid. HEINRICH, «§ 261», en ARZT *et al.* (eds.), *Strafrecht. BT*, 3ª ed., 2015 §29, nm. 7. Literalmente: “Die neue Welt der Kriminalitätsbekämpfung schreibt Privaten die Sammlung von Daten in ungeheurem Ausmaß vor – und erschließt diese Daten mittelbar für Strafverfolgungszwecke. Ganze Berufsgruppen werden als Hilfspolizisten herangezogen (Meldung von Verdachtsfällen, etc.). Falls diese Privatpersonen zur Kooperation nicht bereit sein sollen, hängt ihnen der Gesetzgeber den Geldwäscheverdacht an”.

<sup>240</sup> QUEDENFELD, «Zusammenarbeit mit Strafverfolgungsbehörden und staatlichen Stellen», en QUEDENFELD (eds.), *Bekämpfung der Geldwäsche und Wirtschaftskriminalität*, 2017, nm. 888. Como sostiene el autor: “Insoweit besteht eine Mitwirkungspflicht des Geldwäschebeauftragten zur kooperativen Zusammenarbeit, zur Übermittlung von Informationen und zur Herausgabe aller Beweismittel”.

<sup>241</sup> Así, HEINRICH, «§ 261», en ARZT *et al.* (eds.), *Strafrecht. BT*, 3ª ed., 2015 §29, nm. 7.

<sup>242</sup> Cfr. KAUFMANN, *Die Bedeutung der Einbeziehung von Bankmitarbeitern in die strafrechtliche Bekämpfung der Geldwäsche*, 2001, p. 72. Es muy ilustrativa la forma como este autor pone de relieve el papel de los empleados de la banca y su actuación –de hecho– como investigadores penales: “Durch die Strafdrohung des §261 StGB mit Strafbefreiung bei Verdachtsanzeige sowie durch den Pflichtenkatalog

Adicionalmente, el legislador ha previsto la imposición de castigos –por la comisión de conductas de BdeC– en caso de que estas personas o instituciones no tengan la voluntad de cooperar –o lo hagan de forma defectuosa– en el desarrollo de estas tareas<sup>243</sup>.

Este es un escenario que, a mi juicio, debe ser cuestionado y criticado de forma estructurada. Una crítica de este tipo no solo es posible, sino más bien necesaria, si se tiene en cuenta que estamos frente a un escenario en el que particulares cuentan con la autorización para establecer parámetros de sospecha en el contexto de investigaciones penales. Y también si se consideran los posibles abusos y violaciones de derechos fundamentales que esta situación puede generar (por ejemplo, la vulneración de derechos como el acceso bancario<sup>244</sup>, la igualdad, la protección de datos o el debido proceso penal en la producción de pruebas). Como puede verse, se trata de un camino peligroso, que puede desembocar en el ejercicio de tareas de vigilancia y control *cuasi-policiales* por parte de ciertos particulares sobre otros particulares, sin que se hayan estipulado, hasta ahora, mecanismos de control administrativo o judicial que permitan tramitar los posibles abusos que puedan cometer los sujetos obligados al cumplir con sus deberes de prevención e información. En definitiva, considero que sigue siendo necesario profundizar en la investigación de los efectos de esta tendencia de privatización de los poderes investigativos, así como en el desarrollo de mejores mecanismos de control público de estas actividades (por ejemplo, por medio del

---

*des Geldwäschegesetzes werden Bankmitarbeiter deshalb zumindest faktisch zu Ermittlungsorganen gemacht*”.

<sup>243</sup> Así, HEINRICH, «§ 261», en ARZT *et al.* (eds.), *Strafrecht. BT*, 3ª ed., 2015, nm. 7.. Literalmente: “*Die neue Welt der Kriminalitätsbekämpfung schreibt Privaten die Sammlung von Daten in ungeheurem Ausmaß vor – und erschließt diese Daten mittelbar für Strafverfolgungszwecke. Ganze Berufsgruppen werden als Hilfspolizisten herangezogen (Meldung von Verdachtsfällen, etc.). Falls diese Privatpersonen zur Kooperation nicht bereit sein sollen, hängt ihnen der Gesetzgeber den Geldwäscheverdacht an*”.

<sup>244</sup> En efecto, una de las consecuencias principales del involucramiento de los sujetos obligados en la prevención del blanqueo es la exclusión financiera, es decir, el cierre de cuentas y el bloqueo injustificado de valores. En la práctica, cuando se trata de clientes con un alto perfil de riesgo (por ejemplo, por ser nacional de un país considerado de alto riesgo de blanqueo o ser una persona que ostenta ciertas responsabilidades públicas) y bajos ingresos –que no justifican la inversión realizada en la implementación de los controles de diligencia debida– algunos bancos optan por el llamado de-risking. Es decir, optan por disminuir el riesgo implícito en la operación con clientes posiblemente sospechosos, para no tener el deber de prevenir e informar. Así, en la práctica ciertos ciudadanos vulnerables son excluidos del acceso a un servicio esencial, como lo es la posibilidad de tener una cuenta bancaria. RAMACHANDRAN *et al.*, «De risking: An Unintended Negative Consequence of AML/CFT Regulation», en KING *et al.* (eds.), *The Palgrave handbook of criminal and terrorism financing law*, 2018, *passim*. VAN DUYN *et al.*, *The critical handbook of money laundering. Policy, analysis and myths*, 2018, p. 252.

fortalecimiento de las competencias funcionarios con carácter de *ombudsman* de la creación de recursos administrativos)<sup>245</sup>.

Sin perjuicio de las críticas que puedan esgrimirse, no parece realista esperar que el Estado frene la tendencia en delegar tareas *cuasi-policiales*. Más bien, se podría entrever una tendencia de ampliar la participación de los particulares para la prevención de todo tipo de delitos: financieros, corrupción entre particulares, financiación del terrorismo y, evidentemente, BdeC. Como queda claro al revisar la estrategia de acción de Unión Europea para combatir este delito<sup>246</sup>, existe una demanda creciente de colaboración de los sujetos obligados. Esta demanda se ve fortalecida especialmente en el ámbito de las instituciones financieras, por la imposición de requerimientos de transferencia de información de operaciones sospechosas y, a la vez, de requerimientos pensados para mejorar la capacidad para identificar transacciones y clientes sospechosos<sup>247</sup>.

En estos términos, al asumir la obligación de informar sobre la sospecha de capitales de origen ilícito, los sujetos obligados en general, y especialmente las instituciones financieras, se erigen como *longa manus*<sup>248</sup> del Estado en la tarea de protección de los intereses fundamentales que justifican la promulgación de las reglas de prevención del BdeC<sup>249</sup>: la identificación del origen ilícito del dinero, la prevención de la financiación del terrorismo, la identificación de posibles fraudes tributarios (en su condición de delitos precedentes del blanqueo), el mantenimiento de bancos de datos e informaciones acerca transacciones y clientes, la remisión eficiente de informaciones, la colaboración continua en

---

<sup>245</sup> GORDON, *Duke Journal of Comparative and International Law*, (21 - 3), 2011, *passim*.

<sup>246</sup> Communication from the Commission on an *Action Plan for a comprehensive Union policy on preventing money laundering and terrorist financing*, publicado en 7.5.2020. Disponible en: [https://ec.europa.eu/finance/docs/law/200507-anti-money-laundering-terrorist-financing-action-plan\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/finance/docs/law/200507-anti-money-laundering-terrorist-financing-action-plan_en.pdf), p. 14. Acceso en 13.11.2020.

<sup>247</sup> LEVI/GILMORE, *European Journal of Law Reform*, (4 - 2), 2002, p. 342.

<sup>248</sup> SCIURBA, *Anti-Money Laundering State Mechanisms*, 2018, p. 68. En ese sentido, con razón afirma SCIURBA que: “[...] banks and other financial institutions are required to engage in customer due diligence and constant customer monitoring of financial crime, making them de facto an extended arm of the investigative authorities, without the tools, intelligence gathering and legal resources of intelligence and law enforcement agencies”.

<sup>249</sup> Vid. DEGEN, *Gesetzliche Mitwirkungspflichten der Kreditwirtschaft bei der Geldwäsche- und Terrorismusbekämpfung*, 2009, p. 181; BLANCO, «La relación entre el Estado y los sujetos obligados en la nueva Ley de lavado de Activos», *Revista de Derecho penal y Procesal Penal`Abeledo Perrot*, (11), 2011, p. 1879; MOLINA FERNÁNDEZ, «Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales? Reflexiones sobre un bien jurídico problemático, y a la vez aproximación a la “participación” en el delito», en BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO (eds.), *Política criminal y blanqueo de capitales*, 2009, p.



actividades de monitoreo y la profundización en las investigaciones, si así lo solicita la Unidad de Inteligencia Financiera.

### III. INJUSTO MATERIAL DEL BLANQUEO DE CAPITALS

Hasta ahora venimos analizando el contexto político criminal que ha justificado la inclusión de los sujetos obligados en las actividades de prevención del BdeC. Como ha quedado claro, el Estado se apoya en estos sujetos para lograr sus finalidades de prevención, estableciendo un conjunto de deberes y sanciones administrativas diseñadas para ayudarle a cumplir su cometido. Continuando con el desarrollo de la hipótesis que subyace a esta investigación, llegados a este punto es necesario indagar cómo el incumplimiento de esta obligación de colaboración se refleja en las consecuencias del tipo penal del art. 301 CP, aunque los sujetos obligados no sean autores directos de conductas de blanqueo. Así, en este capítulo trataré de explicar cómo las situaciones descritas hasta ahora se traducen en el contenido del tipo penal de BdeC español y cuáles son los fines e intereses protegidos por este tipo.

#### 1. El tipo penal de BdeC

Haciendo caso a las iniciativas internacionales que ya se han mencionado en el apartado anterior, España incorporó el castigo penal del BdeC por primera vez en 1988, limitándolo a aquellos actos de ocultación de las ganancias provenientes del tráfico de drogas (art. 546 bis f del Código penal derogado<sup>250</sup>). A continuación, la L.O. 8/1992 incluyó el art. 344 b) n. 3<sup>251</sup> en el Código Penal de

---

<sup>250</sup> En dicho artículo se exigía que el sujeto de la acción tuviera conocimiento cierto de que el capital provenía del tráfico. Además, debido a su ubicación sistemática en el capítulo de los delitos de encubrimiento y receptación, la interpretación de estos tres tipos penales (blanqueo, receptación y encubrimiento) resultaba confusa. Esta situación se originaba, según ciertos autores, como consecuencia de la inspiración del legislador español en el modelo italiano de redacción del tipo de blanqueo de capitales. Sin embargo, este también era el enfoque de la Convención Internacional que inspiró al legislador de 1988. En ese momento, la intención de la ley era permitir la intervención del Derecho penal en todos los “tramos del círculo económico del tráfico de drogas”. BERDUGO/FABIAN CAPARRÓS, en NÚÑEZ PAZ *et al.* (eds.), *Un derecho penal comprometido: libro homenaje al Prof. Gerardo Landrove Díaz*, 2011 p. 118; DEL CARPIO DELGADO, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, 1997 p. 300.

<sup>251</sup> “Artículo 344 bis h). 1. El que convirtiese o transfiriese bienes a sabiendas de que los mismos proceden de alguno o algunos de los delitos expresados en los artículos anteriores, o realizase un acto de participación en tales delitos, con el 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, será castigado con las penas de prisión menor y multa de uno a cien millones de pesetas. 2. Con las mismas penas será castigado el que ocultare o encubriere la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes o derechos relativos a los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en los artículos anteriores o de un acto de participación en los mismos”.

1973, bajo la rúbrica “De la receptación y otras conductas afines”<sup>252</sup> añadió también la previsión de la comisión del delito de BdeC por imprudencia grave<sup>253</sup>. En 1995, la reforma del Código penal transformó el tipo en un delito autónomo (independiente del tráfico de drogas), reubicándolo en un capítulo propio denominado “De la receptación y el blanqueo de capitales”. El art. 301 CP, resultado de dicha reforma, recoge la definición tradicional del blanqueo defendida hasta hoy –inalterada, en gran medida, desde su adopción–, que ya había sido propuesta por la Convención de Viena de 1988<sup>254</sup>. Las pocas modificaciones que ha sufrido se han concentrado en expandir el ámbito de aplicación del tipo, pero no en modificar la descripción de las conductas punibles.

Hay un detalle poco comentado por la doctrina que, a mi juicio, es fundamental para entender la redacción del tipo de blanqueo actual. Una mirada detallada permite comprender que, desde su génesis, este tipo estuvo pensado para complementar la lucha contra el tráfico de drogas. Esta circunstancia explica, a mi juicio, de forma adecuada, el estilo y la forma de redacción del tipo actual – que, no sobra decir, corresponde al modelo adoptado a nivel internacional–. Esta cercanía con prevención del tráfico de drogas da lugar a un tipo penal que intenta incluir todos los actos que podrían estar relacionados con la práctica del delito. Como resultado, el tipo de blanqueo agrupa conductas disímiles que no hacen más que reflejar el intento del legislador por abarcar todos y cada uno de los actos que puedan ser utilizados para materializar el sentido delictivo del proceso de blanqueo: adquirir, poseer, utilizar, convertir, o transmitir bienes, u ocultar o encubrir la naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva<sup>255</sup>. De esta

---

3. Si los hechos se realizasen por negligencia o ignorancia inexcusables la pena será de arresto mayor en su grado máximo y multa de uno a cincuenta millones de pesetas. (Código Penal de 1973 alterado por la Ley Orgánica 8/1992)

<sup>252</sup> Lo que llevó a algunos autores a consideraren el blanqueo como una modalidad cualificada de receptación. GÓMEZ PAVÓN, «El bien jurídico protegido en la receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento», *Cuadernos de política criminal*, (53), 1994, p. 477.

<sup>253</sup> Ya en la redacción del rudimentario tipo de blanqueo de capitales de 1992 se preveía la realización del delito “si los hechos se realizasen por negligencia o ignorancia inexcusables” (art. 344 bis. 3 del Código penal de 1973).

<sup>254</sup> Vid. FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, 1998, p. 350.

<sup>255</sup> La redacción del tipo de BdeC es característica del proceso de expansión del Derecho penal. Se trata de un estilo de política criminal que afecta el merecimiento de pena y los límites del injusto. Como sostiene CORCOY BIDASOLO: “El gran número de conductas típicas previstas en cada uno de ellos – promover, favorecer, facilitar...–. Lo que además, como enunciaba, plantea problemas en relación con instituciones de la Parte General, que exigen distinguir entre autoría y participación y entre actos

forma, el tipo es catalogado como un tipo mixto alternativo<sup>256</sup>, de tal suerte que la realización de cada uno o de varios de los comportamientos en él descritos determine la concurrencia del delito. No resulta entonces sorprendente la similitud estilística existente entre el tipo de BdeC y el tipo de tráfico de drogas: se trata, en ambos casos, de tipos con múltiples –por no decir, demasiados– verbos rectores y muchas conductas reguladas. Teniendo presentes los cambios sustanciales que ha sufrido la teleología de la prevención y control del BdeC, resulta plausible proponer una emancipación definitiva del tipo de blanqueo en relación con sus orígenes adscritos al control penal del tráfico de drogas y a las fases inicialmente descritas por el GAFI. Un avance en este sentido permitiría pensar en la adopción de una nueva redacción, completamente original, que tenga la capacidad de distinguir diferentes núcleos de afectación del bien jurídico protegido y que contenga solo aquellas conductas que reflejen las expectativas sociales de protección, abordando, en todo caso, los sistemas de blanqueo dirigidos por los autores de delitos precedentes y los deberes asignados al sector privado para mantener el sistema financiero libre de capitales contaminados.

Una nueva definición, con estas características, subsanaría varios de los problemas actuales, teniendo en cuenta que muchos de los elementos mencionados en el párrafo anterior no fueron considerados por el legislador en las reformas que se han realizado. Además, considerando que la L.O. 15/2003 amplió la punibilidad de blanqueo de bienes provenientes de cualquier *actividad delictiva*, tal y como se regulaba en el extinto régimen de faltas<sup>257</sup> (aunque esta posibilidad fue ampliamente discutida en su momento<sup>258</sup>)– una nueva definición sería, sin duda, de buen recibo.

---

preparatorios e inicio de la tentativa. Falta de diferenciación que atenta contra el principio de proporcionalidad”. («Expansión del Derecho penal y garantías fundamentales», *Revista de Derechos fundamentales*, (8), 2012, p. 50).

<sup>256</sup> Cfr. DEL CARPIO DELGADO, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, 1997, p. 164; MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 2019, p. 616 ; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, 2a.ª ed., 2010, p. 724.

<sup>257</sup> Cfr. DEL CARPIO DELGADO, «La posesión y utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo de capitales», *Revista General de Derecho Penal*, (15), 2011, p. 3.

<sup>258</sup> ABEL SOUTO precisa que la expresión en realidad reflejaba formalmente una tendencia de la legislación internacional y de la pacífica jurisprudencia del Tribunal Supremo, de acuerdo con la cual no era necesaria una resolución judicial que se pronunciara sobre un delito antecedente en concreto. ABEL SOUTO, en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (eds.), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, 2011, p. 72.

En resumen, la Ley 15/2003 implicó la ampliación máxima del tipo objetivo, sumándose a una concepción preexistente del tipo subjetivo bastante amplia (dolo, dolo eventual e imprudencia grave), por medio de una redacción extensa y poco precisa de las conductas típicas<sup>259</sup>. En esta ocasión, un grupo importante de autores criticó el contenido de la reforma por considerar que esta iba más allá de las exigencias y recomendaciones formuladas por la 3ª. Directiva Europea contra el blanqueo<sup>260</sup>, vigente en ese entonces.

El tipo penal de blanqueo de capitales español fue modificado y ampliado nuevamente por medio de la L.O. 5/2010. En términos formales, esta reforma pareció responder a una exigencia formulada frecuentemente por la doctrina<sup>261</sup>, cambiando la rúbrica “De la receptación y otras conductas afines” por “De la receptación y el blanqueo de capitales”. Los cambios sustanciales que sufrieron las disposiciones del art. 301 CP han dado lugar a “un importante aumento del ámbito de aplicación del tipo penal”<sup>262</sup>. La reforma incluyó en la redacción del tipo las conductas típicas de posesión y utilización de bienes provenientes de una actividad delictiva<sup>263</sup>, al igual que la previsión de la responsabilidad penal de las

---

<sup>259</sup> De acuerdo con ABEL SOUTO, el tenor literal de los verbos típicos del art. 301.1 es “pródigo en verbos nucleares, caóticamente estructurado y de confusa redacción”, y presenta una “relación de actividades cuyo casuismo sólo puede compararse con la variedad de mecanismos disponibles para blanquear capitales”. ABEL SOUTO, «Conductas típicas de blanqueo en el ordenamiento penal español», *I Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, 2009, p. 176

<sup>260</sup> Así, ABEL SOUTO, *El delito de blanqueo en el Código penal español*, 2005, p. 225. Acerca de la expedición de la Ley Orgánica 10/1995, comentaba FABIÁN CAPARRÓS que la regulación sobre el blanqueo contenida en ella presentaba una “configuración técnica ajena a nuestra cultura jurídica en la que se combinan a partes iguales el casuismo propio del Derecho anglosajón con la vaguedad de los documentos internacionales”. FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, 1998, p. 352. Las ideas de MARTÍNEZ-BUJÁN resumen satisfactoriamente la crítica esgrimida contra la modificación legal *in totum*: apunta que la ampliación de hechos previos a cualquier actividad delictiva representa una aberrante modificación, una discrepancia entre legislación preventiva y represiva, que invierte las relaciones existentes entre Derecho penal y Derecho administrativo, poniendo en peligro la seguridad jurídica y quebrantando el principio de intervención mínima. Además, afirma MARTÍNEZ-BUJÁN, “por otro lado, la desmesurada expansión de los hechos previos del blanqueo en el campo penal, que alcanza hasta los delitos de bagatela y *todos los imprudentes*, limita la eficacia de la norma, incrementa los costes sociales de forma intolerable, vulnera la consideración de Derecho penal como *ultima ratio*, y priva el blanqueo de significación autónoma”. MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 2015, p. 486

<sup>261</sup> Según BERDUGO y FABIÁN, “por fin se llaman las cosas por su nombre”. BERDUGO/FABIÁN CAPARRÓS, en NÚÑEZ PAZ *et al.* (eds.), *Un derecho penal comprometido: libro homenaje al Prof. Gerardo Landrove Díaz*, 2011, p. 138. Con más detalles: ABEL SOUTO, en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (eds.), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, 2011, p. 67 ss.

<sup>262</sup> Vid. BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2015, p. 562.

<sup>263</sup> Vid. DEL CARPIO DELGADO, *Revista General de Derecho Penal*, (15), 2011; CASTRO MORENO, «Reflexiones críticas sobre las nuevas conductas de posesión y utilización en el delito de blanqueo de capitales en la reforma del Anteproyecto de 2008», *La Ley Penal*, (7277), 2009.

personas jurídicas por la comisión de conductas de blanqueo<sup>264</sup>. Extrañamente, la modificación del Código Penal de 2015 no ha incorporado las modificaciones que sufrió el texto del art. 301 CP tras la reforma llevada a cabo en 2010.

El proceso que se acaba de describir permite concluir que, a día de hoy, España cuenta con uno de los tipos penales de BdeC más extensos del ámbito europeo. Se trata, además, de un tipo que prevé, en términos generales, la sanción de actos *dolosos e imprudentes* de ocultación y encubrimiento de bienes ilícitos provenientes de actividades delictivas, su adquisición, *posesión, utilización*, conversión o transmisión, o la realización de *cualquier acto* con la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito, o de ayudar a la persona que haya participado en la infracción precedente, y que puede llevar, incluso, a imputar a la *persona jurídica* la comisión por *imprudencia* del BdeC. Frente a una redacción tan amplia y confusa del tipo objetivo, no debe sorprender que la jurisprudencia se haya decantado por buscar concretar el ámbito de aplicación del tipo por vía del tipo subjetivo (situación que hace depender la definición del tipo de la intención del autor<sup>265</sup>). A su vez, esta práctica difumina los contornos de las conductas objetivamente punibles de blanqueo cuya definición, en principio, no está vinculada a los deseos del autor.

---

<sup>264</sup> En efecto, la L. O 5/2010 incorporó en el art. 31 *bis* CP la responsabilidad penal de las personas jurídicas y en el art. 302.2 CP la previsión de pena para los hechos cometidos por estas. Es importante llamar la atención sobre el hecho de que la cadena de referencias contenidas en el art. 302.1 CP genera interpretaciones ambiguas acerca de la extensión de la sanción de las personas jurídicas por el delito de blanqueo. BLANCO CORDERO interpreta que la expresión “organización dedicada a los fines señalados en los mismos” a que se refiere el art. 302.1 CP contiene, en realidad, una referencia a la criminalidad organizada dotada de personalidad jurídica, es decir, la responsabilidad de la persona jurídica por el BdeC se restringiría a los casos en los cuales la propia empresa sea una organización criminal dedicada al blanqueo. El autor sostiene esta idea –extrema– apoyándose en los parámetros del art. 66 bis CP, a partir de los cuales es posible inferir que las personas jurídicas serán consideradas instrumentales cuando su actividad legal sea menos relevante que su actividad ilegal. Aunque el propio autor se declara contrario a una restricción teleológica del tipo de estas características, reconoce que la redacción del 302.2 CP no permite una interpretación diferente. La posibilidad de imputar a la persona jurídica los actos realizados con imprudencia es, de esta forma, otro de los temas pendientes de discusión en el ámbito de la evaluación de la viabilidad de la figura del blanqueo imprudente de capitales. En palabras de BLANCO CORDERO: “Quedan excluidas, por lo tanto, las empresas cuya actividad principal sea lícita y a través de las cuales se pueden estar llevando operaciones de blanqueo”. (*El delito de blanqueo de capitales*, 2015, p. 1001 ss).

<sup>265</sup> Esta es una de las principales críticas esgrimidas frente a la redacción del tipo penal alemán de receptación y encubrimiento (257-259 StGB), que es, justamente, lo que pretende evitarse con la redacción del tipo de blanqueo del Código penal de ese país. ALTENHAIN, en KINDHÄUSER *et al.* (eds.), *NK-StGB. Band III*, 2005, p. 523; VOGEL, J., *ZStW*, (2 - 109), 1997, p. 340.

Así, no es una idea novedosa el hecho de afirmar –como efectivamente lo hace gran parte de la doctrina– que un análisis del tipo de BdeC resulta sumamente problemático: bien sea por la abundancia, tanto en número<sup>266</sup> como en interpretaciones posibles<sup>267</sup>, de las conductas del tipo penal, o porque la delimitación del tipo ha quedado completamente en manos de la jurisprudencia<sup>268</sup>. Por estas y muchas otras razones, el tipo de BdeC es considerado el *enfant terrible* del Código penal, no solo en España sino también en muchos otros países del ámbito europeo<sup>269</sup>. En cualquier caso, el estudio riguroso de esta definición resulta fundamental si se tienen en cuenta los desafíos hermenéuticos que de ella se desprenden en el contexto de las categorías dogmáticas de la Parte General del Derecho Penal<sup>270</sup>, a saber, problemas relativos a autoría y participación<sup>271</sup>, a la figura de la comisión por omisión<sup>272</sup>, a la equiparación entre actos preparatorios y tentativa<sup>273</sup>, a los elementos del dolo y

---

<sup>266</sup> Cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, 2000, p. 220; FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, 1998, p. 360; ABEL SOUTO, *I Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, 2009, p. 176-78.

<sup>267</sup> Cómo críticamente expone MUÑOZ CONDE, “el delito de blanqueo de capitales presenta muchas de las características y peculiaridades de este “moderno” Derecho penal, no sólo ya porque es un “hijo de este tiempo”, y criminaliza comportamientos que antes no eran punibles, sino porque su incriminación se lleva a cabo a través de una descripción casuística de las conductas punibles, utilizando las técnicas antes mencionadas del delito de peligro abstracto y de las normas penales en blanco y dejando en gran indeterminación el concreto bien jurídico que se quiere proteger”. MUÑOZ CONDE, Francisco, «Consideraciones en torno al bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales», en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (eds.), *I Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero*, 2009

<sup>268</sup> En efecto, la jurisprudencia española viene desarrollando la importante labor de delimitar el tipo penal, atendiendo al sentido político criminal de la criminalización del blanqueo, es decir, centrando la atención en las transacciones de disimulación del origen ilícito del capital. Cfr. DEL CARPIO DELGADO, *InDret*, (4), 2016, p. 4 ss.; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, 2a.ª ed., 2010, p. 733.

<sup>269</sup> La expresión es de JAHN/EBNER, «Die Anschlussdelikte - Geldwäsche», *JuS*, (7), 2009, p. 598.

<sup>270</sup> KÜHL/LACKNER, *StGB Kommentar*, 27ª ed., 2011, nm. 2. El autor señala la relativa indeterminación (*relativen Unbestimmtheit*) del tipo penal de Blanqueo de capitales del Código Penal alemán, que, no obstante, sigue siendo más preciso que el tipo penal español.

<sup>271</sup> DEL CARPIO DELGADO, *InDret*, (4), 2016, p. 09; DIONYSOPOULOU, *Der Tatbestand der Geldwäsche*, 1999, p. 77; AMBOS, «Internacionalización del Derecho penal: el ejemplo del “lavado de dinero”», en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (eds.), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, 2011, p. 185. Sobre el Blanqueo de capitales como modalidad de participación post-delictiva véase: BAJO FERNÁNDEZ, en BACIGALUPO/BAJO FERNÁNDEZ (eds.), *Política criminal y Blanqueo de capitales*, 2009, p. 12. Con una postura crítica en relación con la interpretación del blanqueo como acto posterior co-penado, HEINRICH, en ARZT *et al.* (eds.), *Strafrecht. BT*, 3ª ed., 2015, nm. 31.

<sup>272</sup> Acerca de esta cuestión, me permito remitir a un estudio anterior dedicado íntegramente al tema: CARLOS DE OLIVEIRA, *Lavagem de dinheiro: responsabilidade penal pela omissão de informações*, 2019.

<sup>273</sup> ABEL SOUTO, en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (eds.), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, 2011, p. 63.

de la imprudencia en la determinación del contenido del ilícito<sup>274</sup> y al castigo de personas jurídicas por imprudencia grave frente a conductas de blanqueo.

Vale la pena decir que este tipo de problemas no es exclusivo de la legislación penal española. En efecto, se trata de un problema común a varios ordenamientos jurídicos<sup>275</sup>, lo que explica la existencia de un esfuerzo conjunto en el ámbito internacional para lograr una armonización legislativa del tipo de BdeC<sup>276</sup>. Sin embargo, aunque la normativa internacional es *per se* confusa en relación con la descripción de las conductas punibles<sup>277</sup>, la composición gramatical elegida por el legislador español da forma a un tipo penal particularmente expansivo y oscuro, si se le compara con los tipos penales de nuestro entorno jurídico.

### 1.1 Exégesis de los arts. 301.1 y 301.2 CP

El art. 301.1 CP establece que: “*El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, 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 (...)*”. A continuación, el art. 301.2 CP dice lo siguiente: “*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*”. A esta transcripción literal es preciso añadir que es suficiente que existan indicios razonables de la comisión del delito que –presuntamente– ha generado el capital ilícito, sin que sea necesaria la existencia de una prueba –entendida en términos procesales– ni de

---

<sup>274</sup> Cfr. CALDERÓN TELLO, *El delito de Blanqueo de capitales: problemas en torno a la imprudencia y a la receptación*, 2016, p. 192. Como sostiene PÉREZ MANZANO “entre la doctrina y jurisprudencia españolas reina no solo la falta de unidad a la hora de catalogar el elemento *conocimiento de la comisión del delito previo* en las categorías dogmáticas, sino una cierta falta de claridad, de precisión, y de fundamentación de la postura defendida” (LA MISMA, *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero*, 1994, p. 223).

<sup>275</sup> Vid. VERVAELE, en UNGER/LINDE (eds.), *Research handbook on money laundering*, 2013, p. 386.

<sup>276</sup> Vid. VAN DER BROEK, *Journal of Money Laundering Control*, (14 - 2), 2011, p. 180.

<sup>277</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, *El delito de Blanqueo de capitales*, 2015, p. 547; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, 2a.ª ed., 2010, p. 685.



una condena en firme que decreta la comisión del delito precedente<sup>278</sup>. Adicionalmente, la voluntad del legislador ha querido que, en su gran mayoría, las intervenciones en la comisión del delito de BdeC correspondan a formas de autoría<sup>279</sup>, dejando poco margen para la constatación de formas de participación en el delito. Adicionalmente, el tipo equipara, equivocadamente, los actos preparatorios –o la tentativa– con la consumación<sup>280</sup> del delito. Esta es una situación particularmente problemática puesto que, por ejemplo, es común que los actos de adquisición o transferencia constituyan, al mismo tiempo, la fase preparatoria de los actos de conversión. Con lo cual se deduce que, lo que realmente ocurre es un adelantamiento del momento de consumación del delito. De forma similar, la combinación de verbos que caracteriza a la redacción del tipo, permite que se castigue como autores a personas que, eventualmente, hayan realizado actos típicos en una posición de cómplices<sup>281</sup>. En síntesis, la mención de tantas conductas, de elementos de conocimiento y de finalidades han llevado a que el tipo de blanqueo sea definido como una “especie de supra-delito<sup>282</sup>”.

Es así como el elevado número de casos que se han procesado en un lapso de tiempo relativamente corto<sup>283</sup>, unido a la inseguridad jurídica generada por el tipo

---

<sup>278</sup>Cfr. GARCÍA PÉREZ, «La prueba en el delito de blanqueo de capitales. Aspectos prácticos», *Diario La Ley*, (11426), 2009, p. 12.

<sup>279</sup> Vid. DEL CARPIO DELGADO, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, 1997, p. 259.

<sup>280</sup> Vid. ABEL SOUTO, *La Ley Penal*, (79), 2011, p. 2.

<sup>281</sup> Así, MOLINA FERNÁNDEZ, en BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO (eds.), *Política criminal y blanqueo de capitales*, 2009, pp. 91 ss.

<sup>282</sup> Según SILVA SÁNCHEZ, «Expansión del derecho penal y blanqueo de capitales», en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (eds.), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, 2011, p. 134. En este sentido, también: KNORZ, *Der Unrechtsgehalt des § 261 StGB*, 1996, p. 131. El autor le denomina un “*Übertatbestand*”.

<sup>283</sup> En cierta medida, es posible afirmar que existe una presión sobre el sistema judicial español para rendir cuentas sobre el número de condenas efectivas por la comisión del delito de BdeC. Esto sería lógico, pues se trata de uno de los elementos más utilizados por el GAFI –Grupo de Acción Financiera Internacional (órgano internacional dedicado a emitir las principales directrices de prevención del Blanqueo de capitales) para evaluar el nivel de eficiencia del país y de adecuación de su sistema jurídico para la prevención y combate del delito. VETTORI, «Evaluating money laundering policies. Where are we?», en UNGER/VAN DER LINDE (eds.), *Handbook on Money Laundering*, 2013, p. 476. Aunque no esté expresamente detallado en la metodología del GAFI, es bien sabido que la proporción entre el número de condenas o sanciones administrativa y el número de informes enviados por los sujetos obligados (los informes de operaciones sospechosas) es uno de los elementos tenidos en cuenta para definir el grado de cumplimiento de país con las recomendaciones. En la jerga del GAFI, esta relación entre informes vs. sanciones es llamada “tasa de conversión” (*conversion rate*), y es entendida como un indicativo de eficiencia del sistema de combate del delito de blanqueo. EUROPOL, 2017, p. 29. En el Informe de Evaluación Mutua del sistema español, elaborado por el GAFI en 2014, es evidente la importancia que tienen las sanciones judiciales para definir el resultado de la evaluación del país. Véase: FATF, *Mutual Evaluation Report – Spain*, 2014, pg. 55-6. Disponible en: <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer4/Mutual-Evaluation-Report-Spain-2014.pdf>. Último Acceso:

contenido en el art. 301 CP<sup>284</sup>, han obligado a la jurisprudencia a desarrollar argumentos sobre la marcha para interpretar el significado de ciertas conductas y esclarecer los múltiples asuntos problemáticos<sup>285</sup>. En todo caso, no son pocas las voces que califican a esta jurisprudencia como “zigzagueante y errática”<sup>286</sup>. Sea cual sea la opinión que frente a ella se tenga, la jurisprudencia del TS ha jugado un papel fundamental, aportando interpretaciones dirigidas a acotar la amplia redacción del tipo, decidiendo, por ejemplo, exigir un elemento subjetivo específico al momento de evaluar la finalidad de blanquear, admitir determinadas formas de intervención como complicidad o confirmando la posibilidad de configurar escenarios de tentativa de BdeC<sup>287</sup>.

a) Realizar “cualquier acto” con finalidad específica

Uno de los asuntos más discutidos en torno a la redacción del art. 301 CP es la interpretación de su apdo. 1º. Algunos autores sostienen que, en este apartado, es posible reconocer dos grupos de conductas típicas, distintas entre sí. Así, por un lado se encuentran (i) las conductas de adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión de bienes *a sabiendas* de su origen delictivo,

---

14.11.2020. Acerca de la metodología de evaluación utilizada por el GAFI, véase: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/methodology/FATF%20Methodology%2022%20Feb%202013.pdf>.

Último acceso: 14.11.2020.

<sup>284</sup> Un buen ejemplo del mencionado carácter difuso de los contornos del tipo objetivo de blanqueo de capitales es la referencia al origen delictivo del dinero: la relación de causalidad puede extenderse de forma casi ilimitada a todas las operaciones secuenciales realizadas sobre el mismo bien adquirido, inicialmente, de forma ilícita. ALTENHAIN, «§261», *NK-StGB. Band III*, 2005, nm. 52; FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, 1998, p. 300. Desde otra perspectiva, también es posible evidenciar la amplitud –casi ilimitada– de la fórmula del art. 301.1CP cuando hace referencia a “cualquier otro acto” llevado a cabo para ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes. FABIÁN CAPARRÓS, «Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre el blanqueo imprudente de capitales», *Revista General de Derecho Penal*, (16), 2011, p. 12.

<sup>285</sup> Vid. ABEL SOUTO, «Jurisprudencia penal española hasta 2018 sobre el blanqueo de dinero y sus reformas recientes», en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (eds.), *VI Congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, 2019, p. 555 ss. El autor menciona los loables esfuerzos realizados por la jurisprudencia española para garantizar el principio de presunción de inocencia frente a las posibles suposiciones de culpabilidad que se desprenden de la redacción del tipo penal de BdeC (poseer dinero ilícito, sin que sea necesario la prueba del delito antecedente, por ejemplo).

<sup>286</sup> ABEL SOUTO reconoce que la jurisprudencia se esfuerza por realizar una interpretación *limitada* de los verbos del tipo, al mismo tiempo que profiere sentencias justificando la aplicación de la doctrina *res ipsa loquitur*. (EL MISMO en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (eds.), *VI Congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, 2019, p. 557). Esta observación es compartida por FABIÁN CAPARRÓS, quien, a partir de ejemplos concretos, muestra como el Tribunal Supremo define el blanqueo imprudente, en algunas ocasiones como delito especial, en otras como delito común e, incluso, en algunas veces sentencias critica la falta de límites y taxatividad del tipo para, a renglón seguido, defender la existencia de estos límites y aplicarlos en casos donde no se ha logrado un nivel probatorio suficiente para acreditar el dolo. FABIÁN CAPARRÓS, *Revista General de Derecho Penal*, (16), 2011, p. 9.

<sup>287</sup> Cfr. DEL CARPIO DELGADO, *InDret*, (4), 2016, p. 12.

independientemente de la finalidad perseguida por el autor del blanqueo y de otro (ii) la realización de *cualesquiera otras conductas*, estas sí, dependientes de la finalidad del autor de ocultar o encubrir el destino de los bienes o de auxiliar al autor del delito antecedente a evadir las consecuencias jurídicas<sup>288</sup>. Las conductas del primer grupo mencionado constituyen modalidades tajantes de la práctica del blanqueo –*independientes de cualquier finalidad*–, mientras que las “demás conductas” serían aquellas similares a los actos descritos en el tipo. Por otra parte, los criterios de imputación objetiva operan como un mecanismo para castigar la responsabilidad por los actos de adquisición, posesión, utilización o conversión, independientemente de cualquier elemento subjetivo especial, puesto que exigen que estos actos sean idóneos para obtener el resultado consistente en disimular el origen ilícito del capital<sup>289</sup>.

Por oposición, otro sector de la doctrina sostiene que el apdo. 1º del art. 301 CP abarca, en realidad, solo una conducta, a saber, la realización de *cualquier acto* con la *finalidad específica* de ocultar el origen ilícito del capital o para ayudar al autor a blanquear capitales o a eludir la persecución penal. En consecuencia, todos los actos deben ser evaluados y estructurados teniendo en cuenta este elemento subjetivo especial<sup>290</sup>. Para este grupo de autores, la referencia a verbos tales como adquirir, poseer o utilizar, sirve solo como ejemplo de aquellos actos que podrían ser considerados conductas aptas para el perfeccionamiento blanqueo. En consecuencia, de acuerdo con esta interpretación del tipo, no sería

---

<sup>288</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2015, p. 606; ABEL SOUTO, *El delito de blanqueo en el Código penal español*, 2005, p. 143; MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 2019, p. 616; ABEL SOUTO, *I Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, 2009, p. 177. BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 374. La distinción entre dos núcleos de incriminación, es decir, de un lado los actos objetivos y, de otro, los actos dependientes de la finalidad del autor, también es reconocida por la jurisprudencia alemana en relación con el tipo penal de BdeC en este país (§ 261 StGB). SCHMIDT/KRAUSE, «§261», *LK-StGB*, 2010, nm. 21; ALTENHAIN, «§261», *NK-StGB. Band III*, 2005, nm. 115-117.

<sup>289</sup> Vid. STS 165/2016.

<sup>290</sup> Cfr. PÉREZ MANZANO, *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero*, 1994, p. 24; CEVALLOS TORRES, *Blanqueo de capitales y principio de lesividad*, 2014, p. 297; FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, 1998, p. 402; DEL CARPIO DELGADO, «Principales aspectos de la reforma del delito de blanqueo de capitales. Especial referencia a la reforma del art. 301.1 del Código penal», *Revista Penal*, (28), 2011, p. 22; DEL CARPIO DELGADO, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, 1997, p. 167. La autora sintetiza su opinión sobre las conductas del art. 301 CP de una forma muy clara. El tipo contendría las conductas de 1. Adquirir, convertir, transmitir o realizar cualquier otro acto similar a los anteriores, sobre bienes, sabiendo que éstos tienen origen delictivo, *para ocultar o encubrir su origen delictivo* y 2. Adquirir, convertir, transmitir o realizar cualquier otro acto similar a los anteriores, sobre bienes, sabiendo que éstos tienen origen delictivo, *para ayudar a sus autores y/o partícipes a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos*.

suficiente la realización de “cualquier” otro acto con esta *finalidad específica*, sino que solamente pueden ser aceptados aquellos actos similares a la adquisición, conversión o transmisión de bienes<sup>291</sup>. Adicionalmente, es necesario que la acción típica, llevada a cabo con la finalidad de encubrir, se produzca sobre alguna manifestación externa de los bienes, es decir, sobre su ubicación, destino o naturaleza<sup>292</sup>. Reconociendo la necesidad incuestionable de desarrollar nuevos criterios de interpretación para el tipo vigente, considero que la propuesta expuesta hasta este punto cuenta con las mejores posibilidades –al menos de *lege lata*– para delimitar adecuadamente los verbos rectores contenidos en el art. 301.1 CP. Para que esto sea posible, el reconocimiento de las conductas punibles de blanqueo debe estar definido por los actos de disimulación tendientes a garantizar la desvinculación completa del capital de su origen ilícito. En este orden de ideas, tiene sentido limitar la confusa redacción del art. 301.1 CP al castigo de las conductas de adquisición, conversión o transmisión de bienes de origen ilícito –y demás conductas afines–, debiéndose comprobar para tal fin la finalidad específica de disimulación del origen. Sin perjuicio de lo atractiva que resulta esta construcción dogmática, es sensato reconocer que padece una debilidad ostensible: implica aceptar que la configuración de todas las conductas delictivas dependerá, en todo caso, de la comprobación del *elemento subjetivo del autor*, sin permitir delimitar objetivamente la conducta prohibida. Por esta razón, reconozco que se trata de una propuesta que funciona como una solución *provisional*, necesaria y conveniente mientras no se realice una reformulación adecuada del tipo penal.

Con respecto a los verbos rectores utilizados por el legislador para describir el blanqueo –vinculados o no a la finalidad del autor–, es preciso anotar que cada uno de ellos presenta problemas particulares. En primer lugar se encuentra la *adquisición*, conducta que cuenta, jurídicamente, con una naturaleza civil. En esta medida, si esta conducta es interpretada de forma meramente objetiva<sup>293</sup>, el resultado serán la conclusión de acuerdo con la cual gran parte de los negocios

---

<sup>291</sup> Así, GÓMEZ BENÍTEZ, «Reflexiones técnicas y de política criminal sobre el delito de blanqueo de bienes y su diferencia con la defraudación fiscal», *Cuadernos de Política criminal*, (91 - I), 2007, p. 12.

<sup>292</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 2019, p. 617; FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, 1998, p. 380.

<sup>293</sup> Vid. ABEL SOUTO especifica que debe tratarse de una adquisición tendiente a la ocultación o al encubrimiento (*El delito de blanqueo en el Código penal español*, 2005, p.122).

implican la generación de un riesgo de blanqueo imprudente: la adquisición de bienes forma parte de lo cotidiano de la vida en sociedad<sup>294</sup>.

### b) *Conversión*

En segundo lugar, el tipo hace referencia a la conducta más importante para la comprensión del fenómeno del blanqueo, esto es, la *conversión* de bienes. Esta conducta se presenta, generalmente, en la primera fase de las operaciones de blanqueo y consiste en la transformación del bien de origen delictivo en alguna otra clase de bien –ejemplo paradigmático de *conversión* es la compra de inmuebles o negocios con dinero ilícito o su consignación en cuentas bancarias de terceros–. Los actos de conversión constituyen la conducta de blanqueo por antonomasia<sup>295</sup> y, por ello, son la figura rectora a partir de la cual deben ser interpretados los demás verbos utilizados en la descripción del tipo, pues todos ellos incorporan claramente la finalidad de transformar el bien ilícito para eliminar el rastro de su procedencia ilícita.

A continuación, se enuncian las conductas de *transmisión*, que indican las actuaciones dirigidas a traspasar la titularidad del bien. Como puede deducirse, la línea que deslinda la *transmisión* y la *conversión* de bienes es muy fina, ya que la transmisión puede servir, justamente, como medio para la conversión de capital<sup>296</sup>. En cualquier caso, el verbo *transmitir* suele ser asociado a las transferencias bancarias, nacionales e internacionales, que son uno de los medios más comúnmente utilizados para blanquear capitales. Obsérvese que, de nuevo, hacemos referencia a una actividad realizada cotidianamente y que determina gran parte de las ocupaciones de los sujetos obligados<sup>297</sup>.

### c) *Poseer, adquirir, usar*

Especialmente destacable es la reforma operada por la L.O. 5/2010, que complementó al apartado 1º del art. 301 CP por medio de la introducción de las conductas de *posesión y utilización*. Como parece ser la regla general, estas

---

<sup>294</sup> Cfr. NEUHEUSER, *MK-StGB*, 2012, nm. 75; SCHMIDT/KRAUSE, «§ 261», *LK-StGB*, 2010, nm. 21.

<sup>295</sup> Cfr. KNORZ, *Der Unrechtsgehalt des § 261 StGB*, 1996, p. 139; ABEL SOUTO, *El delito de blanqueo en el Código penal español*, 2005, p. 102; BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2015, p. 553, 617.

<sup>296</sup> Así, BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2015, p. 558.

<sup>297</sup> Cfr. PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO (eds.), *Política criminal y blanqueo de capitales*, 2009

conductas también resultan especialmente problemáticas y su inclusión ha sido unánimemente criticada por la doctrina<sup>298</sup>. En efecto, la penalización de estas conductas amplía el ámbito de castigo del autoblanqueo<sup>299</sup>, al tiempo que somete a las actividades cotidianas de los sujetos obligados a un riesgo inminente de castigo por la comisión del delito de BdeC. Pues sus actuaciones serán punibles, tanto a título tanto de dolo eventual como de imprudencia grave, en relación con el conocimiento del origen ilícito del bien. Así, partiendo de una interpretación literal<sup>300</sup> de la disposición, es posible castigar el caso del *simple uso* como modalidad de autoblanqueo<sup>301</sup> (lo que podría constituir un *bis in idem* pues se estaría sancionando dos veces la conducta de conservar los rendimientos económicos del delito<sup>302</sup>).

Cierta parte de la doctrina considera que el resultado de la interpretación de esta disposición dependerá de cómo sean entendidas las conductas del apartado 1<sup>o</sup><sup>303</sup>. En este sentido, algunos autores afirman que la mención de los verbos *poseer* y *utilizar* es redundante, ya que los actos de utilizar y poseer se encuentran contenidos implícitamente en la expresión “realizar cualquier acto con la finalidad de ocultar o encubrir (...)”. Otro sector de la academia defiende la

---

<sup>298</sup> Vid. QUINTERO OLIVARES, «Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil», *RECPC*, (12 - 2), 2010, pp. 10 ss; ABEL SOUTO, «La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio», *La Ley Penal*, (79), 2011, p. 17 ; DEL CARPIO DELGADO, «La posesión y utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo de capitales», *Revista General de Derecho Penal*, (15), 2011, p. 22; BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2015, p. 570.

<sup>299</sup> Cfr. FARALDO CABANA, «Antes y después de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales», *EPC*, (34), 2014, p. 63.

<sup>300</sup> Cfr. PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO (eds.), *Política criminal y blanqueo de capitales*, 2009, p. 182.

<sup>301</sup> Como resalta un autor, hasta antes de la reforma del art 301 CP por la L.O. 5/2010, que expresamente incrimina el autoblanqueo (“El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, *sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona...*”), se consideraba que las operaciones de ocultación del origen del dinero ilícito llevadas a cabo por el autor del delito antecedente, debía entenderse como un supuesto de acto posterior copenado. Sin embargo, tras la reforma, la jurisprudencia ha comenzado a admitir el castigo del autoblanqueo, a pesar de intentar restringir la punibilidad a los casos en los cuales no haya intentos de ocultación del origen, ni la pretensión de obtener un título jurídico aparentemente legal sobre el valor de origen ilícito. MARTÍNEZ-ARRIETA, *El autoblanqueo. El delito fiscal como delito antecedente del blanqueo de capitales*, 2014, p. 66 ss. Para comentarios y jurisprudencia recientes sobre el tema del autoblanqueo de la cuota fiscal defraudada, véase DEMETRIO CRESPO, «Sobre el fraude fiscal como actividad delictiva antecedente del blanqueo», *RGDP*, (26), 2016, FARALDO CABANA, *EPC*, (34), 2014, p. 57 ss.

<sup>302</sup> Vid. DEMETRIO CRESPO, *RGDP*, (26), 2016, p. 110.

<sup>303</sup> Cfr. ORTS BERENQUER, «Delimitación entre encubrimiento, receptación y blanqueo respecto a las modalidades de posesión y uso incorporadas por la L.O. 5/2010», en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (eds.), *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, 2013; DEL CARPIO DELGADO, *Revista General de Derecho Penal*, (15), 2011, *passim*.

autonomía de las conductas de “adquirir, poseer, utilizar, convertir o transmitir bienes” con el conocimiento de su origen ilícito, defendiendo que no es necesaria la existencia de la finalidad específica de ocultar su origen ilícito o de ayudar a los responsables a eludir las consecuencias legales del delito. Así, para este grupo de autores, el simple hecho de poseer o utilizar un bien con el conocimiento de la ilicitud de su origen es condición suficiente para que se configure el BdeC<sup>304</sup>. Esta interpretación se basa en suponer que el objetivo del legislador al introducir los verbos “poseer” y “utilizar” fue la de castigar especialmente los actos de quienes pueden beneficiarse –directa o indirectamente– del delito<sup>305</sup>. La intención político criminal sería desincentivar las conductas de colaboración con los autores de transacciones de BdeC<sup>306</sup>.

Sin embargo, la inclusión de estos verbos ha sido ampliamente criticada por la doctrina porque –según se afirma– obliga a castigar conductas “que no deberían ser punibles a todas luces<sup>307</sup>”. Tal es el caso de la conducta del familiar que utiliza un bien obtenido ilegalmente por otro. Unido a lo anterior, puesto que el tipo de BdeC prevé la imprudencia grave, podría llegar a castigarse a una persona simplemente por el hecho de utilizar los bienes sin informarse suficientemente sobre su origen<sup>308</sup>. Y esto debería ser inaceptable.

#### d) *Delito de intención*

Sea cual sea la posición que se defienda, es claro que la definición confusa del tipo no permite determinar objetivamente qué es –conceptualmente hablando– el crimen de blanqueo: ¿es adquirir cierto bien sabiendo que proviene de una persona que se dedica a la criminalidad? O, acaso, ¿lo que debe saberse es que se

---

<sup>304</sup> SCHMIDT/KRAUSE sostienen que la única forma de limitar las consecuencias de una posición de este tipo es exigir el conocimiento efectivo del origen ilícito con anterioridad a la recepción del bien. («§ 261», *LK-StGB*, 2010, nm. 21).

<sup>305</sup> BLANCO CORDERO considera que la incriminación de los actos de posesión y utilización de bienes de origen ilícito constituye un intento por aproximar el tipo penal español a la racionalidad del tipo de aislamiento del delito alemán de blanqueo de capitales. (*El delito de blanqueo de capitales*, 2015, p. 596). Sin embargo, falta al tipo penal español carece de la claridad propia del tipo alemán, pues este último exige un conocimiento seguro del origen ilícito por parte de quienes reciban o posean el capital (Vid. NEUHEUSER, «§261», *MK-StGB*, 2012, nm. 70; SCHMIDT/KRAUSE, «§261», *LK-StGB*, 2010 p. 675, nm. 21).

<sup>306</sup> Vid. NEUHEUSER, «§ 261», *MK-StGB*, 2012, nm. 68-9; BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 186.

<sup>307</sup> Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 2019, p. 614.

<sup>308</sup> Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 2019, p. 615; DEL CARPIO DELGADO, *Revista General de Derecho Penal*, (15), 2011, p. 21.

trata de un bien o capital ilícito?, ¿podría ser, más bien, cualquier actuación realizada –sabiendo o debiendo saber que el bien tiene origen ilícito– para alcanzar el resultado específico de alejar el bien de su origen ilícito? Y, si es así, ¿constituirá cualquier actividad que lleve a este resultado, aunque no se encuentre contenida en el tipo, un acto de blanqueo<sup>309</sup>? Respondiendo a este último interrogante, la jurisprudencia del TS ha sostenido que se trataría de una cláusula de cierre con un alcance demasíadamente amplio, que podría llegar a vulnerar el principio de legalidad<sup>310</sup> y, por tanto, debe ser descartada.

Tomando como fundamento estas ideas, la doctrina y la jurisprudencia han intentado “proteger” la redacción del tipo de interpretaciones incluso más amplias<sup>311</sup>. Así, sostienen que este tipo de conductas solo adquieren un sentido delictivo relevante cuando son realizadas con un elemento subjetivo específico, es decir, con la finalidad específica de ocultar el origen ilícito o de ayudar a los autores a eludir las consecuencias legales. En esta medida, también se limita la sanción por el uso o posesión con dolo de blanqueo, evitando así el castigo desproporcionado por la utilización imprudente de bienes ilícitos.

En esta misma línea, y gracias a que los verbos del tipo pueden ser delimitados y e interpretados a la luz del elemento subjetivo, el tipo de BdeC ha sido definido como un *delito de intención*<sup>312</sup> o de tendencia interna transcendente<sup>313</sup>. Es decir, se subordinan las conductas de blanqueo a la finalidad subjetiva del autor, a saber, a la intención de disimular el origen ilícito<sup>314</sup> o de encubrir o auxiliar a los

---

<sup>309</sup> De hecho, este modelo de redacción del tipo es bastante extendido en los países que han adoptado las directivas internacionales. Se trata de redacciones en las cuales el tipo es sumamente amplio e indeterminado. En efecto, LÖWE-KRAHL sostiene que el tipo penal de BdeC en Alemania se ubica justo en los límites de lo comprensible, “*An der Grenze der Verständlichkeit*”. (EL MISMO, en ACHENBACH/RANSIEK (eds.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 3ª ed., 2012, nm. 61); ABEL SOUTO, *El delito de blanqueo en el Código penal español*, 2005, p. 91.

<sup>310</sup> Vid. STS 56/2014. BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2015, p. 607; SILVA SÁNCHEZ, en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (eds.), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, 2011, p. 133.

<sup>311</sup> Cfr. KUHLEN, *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, 2012

<sup>312</sup> Así, VOGEL, J., *ZStW*, (2 - 109), 1997, p. 339.

<sup>313</sup> J. VOGEL sostiene que: “*Der verbergenserfolg wird also in eine überschüssende Innentendenz vorverlegt, und es kann von einem kupierten Erfolgs- und (verstärkt) abstrakten Gefährungsdelikt gesprochen werden. [...] Es genügt die Absicht, dem Täter zu helfen, sich diesem Zugriff zu entziehen*”. (*ZStW*, (2 - 109), 1997, p. 340-1).

<sup>314</sup> Esta es, de hecho, la línea que parece regir la jurisprudencia del TS, que somete la interpretación de los verbos contenidos en el tipo a la finalidad específica de “ocultar el origen ilícito”, siendo este un elemento subjetivo indispensable para castigar los actos de mera posesión o adquisición de bienes de origen ilícito (véase STS 515/2015, ponente Varela Castro). ABEL SOUTO, «Jurisprudencia penal española hasta 2018



responsables por el delito antecedente. Esta exigencia se erige entonces como elemento esencial, que debe concurrir para que todas aquellas conductas descritas en el apartado 1º de dicha disposición<sup>315</sup> puedan ser penalizadas –esta idea ha sido confirmada por la jurisprudencia del TS<sup>316</sup>–.

En efecto, la STS 265/2015 ha dejado claro que la finalidad de ocultar el origen o de ayudar a terceros debe cobijar a todos los actos descritos en el art. 301.1CP<sup>317</sup>. De acuerdo con esta resolución, las conductas de adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión, son *per se* actos neutros que solo adquieren una calidad delictiva cuando están direccionados a alcanzar alguna de las finalidades descritas. Es decir, la finalidad no se refiere solamente a la realización de “cualquier conducta”, sino a todo el conjunto de comportamientos típicos descritos en el art. 301.1CP.

El mérito incuestionable de dicha sentencia es promover la adopción de una interpretación integradora y restrictiva del tipo, que conjuga los elementos de imputación objetiva (teniendo en cuenta los criterios de acción neutra y de irrelevancia de la conducta) y el elemento subjetivo del tipo. Esta posición implica afirmar que las conductas descritas solamente podrán ser consideradas típicas cuando sean idóneas para incorporar bienes al tráfico económico y cuando tal idoneidad sea abarcada por la intención del autor, “a través de su propósito de rentabilizar en canales financieros seguros las ganancias obtenidas”<sup>318</sup>.

Cierta parte de la doctrina ha objetado una interpretación de este tipo, por considerar que es contraria a la definición típica del art. 301 CP, en la medida que sugiere una restricción que se aleja radicalmente de la intención del

---

sobre el blanqueo de dinero y sus reformas recientes», en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (eds.), *VI Congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, 2019, p. 555 ss.

<sup>315</sup> Vid. DEL CARPIO DELGADO, *InDret*, (4), 2016, p. 5.

<sup>316</sup> Vid. DEL CARPIO DELGADO, *Estudios penales y criminológicos*, (XXXV), 2015, *passim*; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, «Acelerar primero para frenar después: la búsqueda de criterios restrictivos en la interpretación del delito de blanqueo de capitales», *RGDP*, (24), 2015, III.b.

<sup>317</sup> Así, la STS 515/2015 (ponente Varela Castro) entiende que “la finalidad de encubrir u ocultar la ilícita procedencia de los bienes o ayudar a los participantes del delito previo, constituye, en consecuencia, un elemento esencial integrante de todas las conductas previstas en el art. 301.1 CP. Esta conclusión se justifica porque el blanqueo pretende incorporar esos bienes al tráfico económico legal, y la mera adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión constituye un acto neutro que no afecta por sí mismo al bien jurídico protegido”.

<sup>318</sup> Así, ROBLES PLANAS, «Delitos contra el patrimonio (III). Receptación y blanqueo de capitales (arts. 298-304 CP)», *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 2015, p. 298 ; DEL CARPIO DELGADO, *InDret*, (4), 2016, p. 36; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *RGDP*, (24), 2015.

legislador<sup>319</sup>. Así, algunos autores representativos afirman que no es la intención del autor la que debe determinar la interpretación del tipo, sino que las conductas objetivamente descritas deben materializar los resultados de blanqueo –con independencia de las finalidades que se han descrito en el tipo<sup>320</sup>.

Sin perjuicio de esta opinión, es preciso reconocer que, tanto la doctrina como la jurisprudencia imperantes en España, siguen apoyándose en el elemento subjetivo, por ser este el único instrumento que, hasta el momento, ha servido como dique limitador de la extensión del tipo. Efectivamente, debe reconocerse que la exigencia de la comprobación de una finalidad específica –favorecer la ocultación del origen del bien– logra restringir, en cierta medida, el extensísimo tenor literal del art. 301 CP. Lo anterior resulta especialmente relevante si se tiene en cuenta que el blanqueo de capitales es un proceso complejo de disimulación del origen del capital, en el marco del cual no resultaría aceptable que el simple uso y posesión de determinados bienes fuera suficiente para perfeccionar la realización del injusto contenido en el tipo<sup>321</sup>.

#### *e) Ocultación o encubrimiento*

Por su parte, el apartado 2º del art. 301 CP describe el tipo nuclear de blanqueo<sup>322</sup> y tipifica el castigo de la ocultación o encubrimiento de los bienes, a sabiendas de

---

<sup>319</sup> Así, ABEL SOUTO, *El delito de blanqueo en el Código penal español*, 2005 Abel, 2005, p. 122 ss.

<sup>320</sup> Al respecto, AMBOS sostiene que, aunque la interpretación sobre el “tipo de intención” pueda ser válida, sería incompleta pues la tendencia subjetiva debería estar necesariamente acompañada de los actos objetivos de transformación o transferencia de bienes de origen ilícito. Ahora bien, la interpretación propuesta por AMBOS parte de un tipo penal restringido, en el cual los actos típicos se limitan a la conversión o transferencia de bienes, con la finalidad específica de ocultar el origen ilícito o de ayudar a terceros a evadir las consecuencias penales. AMBOS, en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (eds.), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, 2011, p. 186.

<sup>321</sup> Bastante crítico frente a la penalización de las conductas de poseer y utilizar, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 19ª ed., 2015 p. 447. Igualmente, DEL CARPIO DELGADO, *Revista General de Derecho Penal*, (15), 2011, p. 21. BLANCO CORDERO destaca la tendencia de la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo que busca restringir la aplicación del blanqueo por posesión o utilización. El TS (STS5075/2014) ha entendido que la simple adquisición de bienes, con dinero proveniente de la venta de drogas, constituye la fase de agotamiento del delito de tráfico de droga (en el caso que se resuelve en la sentencia, se había imputado a dos autores el delito de tráfico de drogas por el hecho de poseer y utilizar capital ilícito). Contrariamente, la conducta de un autor de tráfico de drogas que realiza maniobras para valorizar las ganancias de la venta de la droga sí sería punible (STS 3939/2014). BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2015, pp. 654–55.

<sup>322</sup> VOGEL, J., *ZStW*, (2 - 109), 1997, p. 340; BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 365. Es lo que HEINRICH denomina blanqueo de capitales propio. HEINRICH, en ARZT *et al.* (eds.), *Strafrecht. BT*, 3ª ed., 2015, p. 910. MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 2019, p. 618. PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales*, 2000, p. 462.

que proceden de la comisión de un delito. Estas conductas se inscriben en la segunda fase del proceso de blanqueo (*layering*), es decir, se trata de conductas de simulación, que siguen a la primera transformación del capital ilícito y, por ello, perfeccionan un proceso de “doble enmascaramiento” del origen ilícito del dinero. Se trata, sin lugar a dudas, de las conductas que más se aproximan al sentido fáctico de las operaciones de blanqueo (esconder los rastros del origen ilícito del capital) y materializan el sentido general de los Convenios y Recomendaciones contenidos en las Directivas Europeas<sup>323</sup>.

La redacción del tipo finaliza con la descripción de las conductas de tentativa (art. 301.1 CP) o de los eventos de participación de terceros en el blanqueo (ayudar a encubrir en el art. 301.1CP) quienes, como ya se ha mencionado, reciben –a mi juicio, de forma desproporcionada– la misma pena que los autores directos del delito<sup>324</sup>.

En lo que tiene que ver con la conducta de “ocultación”, la doctrina suele definirla como aquellas conductas activas consistentes en “esconder” o, adicionalmente, como conductas pasivas de “callar lo que se sabe” –que se basa en la definición lexicográfica realizada por la RAE–. Con base en lo anterior, la ocultación es definida como un delito de resultado, que puede ser cometido por acción o por omisión. No obstante, una referencia de este tipo a los usos gramaticales puede dar lugar a una interpretación equivocada e innecesariamente amplia del tipo. Esto puesto que, en primer lugar, la ocultación que tiene lugar en el blanqueo de capitales exige algo más que la simple ocultación del origen o la ubicación de los bienes o el capital: implica un elemento de fraude, de transformación del origen para ocultar el origen delictivo<sup>325</sup>. En estos términos, una conducta como, por ejemplo, esconder un bien procedente de un delito en una caja fuerte, no resulta suficiente para que se perfeccione la conducta de ocultación, ya que se trata de una etapa más del agotamiento del delito

---

<sup>323</sup> Así, BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 57. El autor afirma que: “La ocultación del origen delictivo de los bienes que supone el BdeC cumple no sólo la función de asegurar las ganancias, sino también la de ocultar la vinculación de los bienes con el delito, de modo tal que no puedan servir como prueba de la comisión del mismo”.

<sup>324</sup> Vid. SCHMIDT/KRAUSE, «§261», *LK-StGB*, 2010, p. 672; SUAREZ GONZALEZ, *Revista Chilena de Derecho*, (22 - 2), 1995; DEL CARPIO DELGADO, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, 1997, p. 192.

<sup>325</sup> Vid. NEUHEUSER, «§261», *MK-StGB*, 2012, nm, 63; BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2015, p. 618.

precedente, lo cual es incompatible con la autonomía del delito de blanqueo<sup>326</sup>. Únicamente cuando pueda comprobarse que la ocultación es idónea y apta para enmascarar el origen del bien y, además, que dificulta la investigación criminal destinada a rastrear la procedencia delictiva del capital podrá imputarse el delito de BdeC.

El segundo verbo típico incluido en el art. 301.2 CP, “encubrir”, también ha desencadenado un buen número de discusiones doctrinales que, seguramente, podrían haberse evitado si el legislador hubiese empleado la expresión “disimular” en lugar de “encubrir”. En efecto, las conductas allí descritas reflejan el contenido de las normativas internacionales más relevantes (que van, desde el Convenio de Viena hasta la cuarta Directiva europea de blanqueo de capitales), que se caracterizan por utilizar la voz inglesa *disguise*, cuya traducción más apropiada es “disimular”<sup>327</sup>. Sin duda hubiese sido mucho más adecuado el uso de este término –tal y como ocurre en otros Códigos penales, por ejemplo, el chileno y el argentino– evitando así el posible solapamiento con el tipo de encubrimiento del art. 451 CP.

El encubrimiento cobijado por el tipo de blanqueo no debe confundirse con las conductas de favorecimiento real o personal descritas en el art. 451 CP<sup>328</sup>. En efecto, el encubrimiento del art. 301 CP se refiere a las conductas fraudulentas que son realizadas con el propósito de dar otra apariencia al origen ilícito del capital, es decir, de afectar realmente la capacidad de la Administración de Justicia para descubrir este origen<sup>329</sup>. El encubrimiento característico del delito de blanqueo de capitales se caracteriza por la transformación de los bienes inicialmente ocultados, confiriéndoles una apariencia distinta de la original, con una finalidad de disimulación o a través de la utilización de medios fraudulentos. Como puede verse, se trata de una finalidad evidentemente distinta a aquella del

---

<sup>326</sup> Lo explica ABEL SOUTO, «Ocultación de dinero procedente del narcotráfico en una caja de seguridad. Comentário a la sentencia del TS nº 155/2002», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (2 - 13), 2004.

<sup>327</sup> Vid. BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2015, p. 622; ABEL SOUTO, *El delito de blanqueo en el Código penal español*, 2005, p. 158.

<sup>328</sup> Cfr. VERDE, «Formas de encubrimiento: personal y real. Bases para una delimitación adecuada entre encubrimiento, lavado de activos y receptación», *InDret*, (1), 2020; ORTS BERENQUER, en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (eds.), *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, 2013.

<sup>329</sup> NEUHEUSER, «§261», *MK-StGB*, 2012, nm. 66; ALTENHAIN, «§261», *NK-StGB. Band III*, 2005, nm. 97-101.

delito de encubrimiento en su modalidad de favorecimiento real<sup>330</sup>. Lo que importa, en definitiva, es saber si las conductas han sido suficientes para desvincular al capital de su origen en una actividad delictiva previa<sup>331</sup>.

Pese a todo lo dicho hasta ahora, resulta llamativo que en los innumerables documentos internacionales que penalizan la comisión del BdeC no se haya logrado todavía construir una técnica legislativa apta para describir, de modo objetivo, las acciones tan difusas que lo caracterizan: desde la organización de todos los actos de disimulación del origen del capital hasta la colaboración con los intereses procesales de la Administración de Justicia<sup>332</sup>. Esto se explica, seguramente, por la existencia de un conjunto de factores sumamente complejos. A modo de ejemplo, y como ya se ha mencionado, uno de estos factores es el traslado literal que se ha hecho de un fenómeno criminológico a un tipo penal, o, en esta misma línea, el hecho de que dicho tipo penal es tratado como una pieza subsidiaria –aunque de singular importancia– en el contexto de la arquitectura legal construida en los últimos 30 años de lucha contra el BdeC. Efectivamente, el vertiginoso desarrollo de los mecanismos operativos de prevención (reglas administrativas, recomendaciones de organismos internacionales, evaluaciones acerca del nivel de *compliance* contra el blanqueo, sistemas de información e inteligencia), dejan en evidencia que los aspectos “no-penales” de las reglas

---

<sup>330</sup> Vid. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, *EL blanqueo de capitales en el Derecho español*, 1999, p. 21.

<sup>331</sup> Cfr. TAUBE, *Entstehung, Bedeutung und Umfang der Sorgfaltspflichten der Schweizer Banken bei der Geldwäschereiprävention im Bankenalltag*, 2013, p. 91.

<sup>332</sup> Lo más cerca que se ha estado de cumplir con el plan legislativo internacional es la Directiva de criminalización del Blanqueo de capitales (Directive (EU) 2018/1673 of the European Parliament and of the Council on combating money laundering by criminal law, de 23 de octubre de 2018). Aparte de superar los estándares de conocimiento del origen ilícito de los bienes y de determinar la necesidad del castigo del auto-blanqueo, la Directiva no aporta elementos para llevar a cabo una reforma penal sustancial al respecto. De este modo, su principal función es servir de guía para garantizar una armonización mínima de los tipos penales de blanqueo en los países miembros. Seguramente, existen innumerables maneras de abordar el tema del BdeC: a partir de la fenomenología del delito (las fases del blanqueo, los casos paradigmáticos), de la evolución político-criminal en el contexto de los organismos internacionales, de la regulación administrativa o de estudios criminológicos que analizan las ventajas o pérdidas provocadas por la comisión del delito. La perspectiva elegida para realizar la presente investigación –a saber, el análisis dogmático– presupone necesariamente una mención limitada de los demás escenarios que se ocupan de desarrollar otros estudios sobre el fenómeno y las operaciones de Blanqueo de capitales. Un interesante enfoque político sobre el tema en España es presentado por GARCÍA NORIEGA, *Blanqueo y antiBlanqueo de capitales: cómo se lava el dinero, cómo se combate el lavado*, 2010; a nivel internacional, vid. REUTER, Peter/TRUMAN, *Chasing dirty money: the fight against money laundering*, 2005. Desde otra perspectiva, dos obras de criminología ofrecen un buen resumen del estado de la cuestión a nivel internacional: UNGER/LINDE, *Research Handbook on Money Laundering Rethinking Money Laundering & Financing of Terrorism in International Law*, 2013 y TONRY (ed.), *The Oxford Handbook of crime and public policy*, 2011.

antiblanqueo han remplazado en *importancia estratégica* al castigo penal en lo que al combate de este delito se refiere<sup>333</sup>.

Con base en todo lo anterior, resulta plausible reconocer la urgencia de lograr que la doctrina y el poder legislativo encuentren una salida democrática para impulsar una reformulación completa del tipo penal de BdeC. Es necesario contar con una definición del tipo penal centrada en los actos específicos de fraude y disimulación, que se incline a una reducción teleológica de las conductas punibles<sup>334</sup>. El capítulo final de esta tesis pretende indicar propuestas en este sentido.

## 1.2 ¿Qué se persigue con la penalización del BdeC?

La teoría del bien jurídico se encuentra muy presente en la doctrina penal contemporánea, siendo utilizada como recurso por excelencia para identificar el fundamento material de los tipos penales y, consecuentemente, excluir de estos las conductas que no reúnan las condiciones mínimas requeridas para justificar la penalización<sup>335</sup>. Con base en esa tradición jurídica, la doctrina toma como punto de partida la identificación del bien jurídico protegido para dilucidar la verdadera finalidad y el fundamento material<sup>336</sup> del tipo penal de BdeC. Es por esto que, además de su pertinencia teórica, la atención a la teoría del bien jurídico cuenta con una finalidad evidentemente práctica.

A partir del bien jurídico y el objeto de protección que puedan vincularse satisfactoriamente con el delito de BdeC, será posible encontrar argumentos convincentes para acotar el sentido de los verbos típicos y aclarar o restringir su

---

<sup>333</sup> HERZOG, en NESTLER/HERZOG (eds.), *Geldwäschegesetz*, 2ª ed., 2014, nm. 19; KÜHL/LACKNER, *StGB Kommentar*, 27ª ed., 2011, nm. 2a.; VOGEL, J., *ZStW*, (2 - 109), 1997, p. 336; MASCIANDARO/PELLEGRINA, «The risk based approach in the new european anti-money laundering legislation: a law and economics view», *Review of law and economics*, (5 - 2), 2009, p. 14; VAN DER BROEK, «The EU's preventive AML/CFT policy: asymmetrical harmonisation», *Journal of Money Laundering Control*, (14 - 2), 2011, p. 171.

<sup>334</sup> Vid. BERGMANN, «Teleologische Reduktion von § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB bei der Sicherstellung von Geldwäschegegenständen durch Ermittlungsbehörden», en BERGMANN (eds.), *Geldwäsche. Materiellrechtliche und prozessuale Überlegungen*, 2019, p. 94; DEL CARPIO DELGADO, *InDret*, (4), 2016, p. 11.

<sup>335</sup> Quedando excluida, de esta forma y la tutela penal de la moral, los tipos penales sin bien jurídico, y confirmada la inadecuación de los tipos que protegen intereses demasiado abstractos, usando términos como “la dignidad humana”, o los sentimientos. Para una explicación detallada, véase, ROXIN, *AT, Band I*, 4ª ed., 2006, § 2, nm. 24 ss.

<sup>336</sup> En especial, la relevancia de la teoría del bien jurídico para identificar el fundamento material del delito. Cfr. ROXIN, *AT, Band I*, 4ª ed., 2006, § 2, nm. 1.

amplio ámbito de aplicación<sup>337</sup>. Por esta razón, para gran parte de la doctrina penal el bien jurídico se erige como criterio determinante para la exégesis jurídica del art. 301 CP, permitiendo definir elementos fundamentales como el momento de consumación y el agotamiento de los actos de blanqueo, el objeto de protección a cargo de los garantes<sup>338</sup> o la relación concursal<sup>339</sup> y de proporcionalidad con otros tipos de una naturaleza similar.

Lo anterior no quiere decir que un estudio del tipo penal de BdeC, a partir de los postulados de la teoría del bien jurídico, sea una tarea sencilla: justamente, en las distintas propuestas de análisis de este delito la doctrina se ha visto obligada a identificar un objeto de protección *a posteriori*, cuando la exigencia internacional de adopción de un tipo de BdeC ya había sido formulada<sup>340</sup> y se había penalizado en el Código Penal español<sup>341</sup>. Lógicamente, la identificación de un bien jurídico en estas condiciones resulta problemática desde varios puntos de vista<sup>342</sup>.

En cualquier caso, estas dificultades prácticas no han impedido a la doctrina destinar sus mejores esfuerzos para identificar el bien jurídico protegido en el delito de BdeC. En efecto, es posible identificar tres propuestas principales de interpretación juiciosamente estructuradas en torno a la protección del bien jurídico que consideran más adecuado: la Administración de Justicia, el orden económico en su vertiente de protección de la competencia y legalidad del

---

<sup>337</sup> Cfr. VON HIRSCH/WOHLERS, «Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa», en HEFENDEHL (eds.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, 2007, p. 287; ALCÁCER GUIRAO, *Lesión del bien jurídico o lesión del deber? Aportes sobre el concepto material del delito*, 2003, p. 123 ss. Con referencia específica al BdeC: PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales*, 2000, p. 250.

<sup>338</sup> Vid. BLANCO CORDERO, *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales*, 1999, p. 125.

<sup>339</sup> GÓMEZ PAVÓN, *Cuadernos de política criminal*, (53), 1994; SÁNCHEZ HUETE, *Tributación, fraude y blanqueo de capitales: entre la prevención y la represión*, 2019, p. 283 ss.

<sup>340</sup> En este sentido, MOLINA FERNÁNDEZ, en BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO (eds.), *Política criminal y blanqueo de capitales*, 2009, p. 92, FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, 1998, p. 221 ss. AMBOS, en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (eds.), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, 2011; LANGER, «From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization thesis in Criminal Procedure», *Harv. International Law Journal*, (45 - 1), 2004.

<sup>341</sup> Esta es la realidad de casi todos los países de tradición jurídica continental, con excepción de Italia, que ya había criminalizado el blanqueo de capitales antes de la expedición de la Convención de Viena y de la publicación de la primera Directiva europea. KNORZ, *Der Unrechtsgehalt des § 261 StGB*, 1996, p. 121.

<sup>342</sup> Vid. ALCÁCER GUIRAO, *Lesión del bien jurídico o lesión del deber? Aportes sobre el concepto material del delito*, 2003, p. 121; SILVA SÁNCHEZ/CANCIO MELIÁ, *Delitos de organización*, 2008, p. 7.

sistema financiero<sup>343</sup>. Y finalmente, a modo de fusión de ambas perspectivas, una línea teórica que concibe al BdeC como delito pluriofensivo<sup>344</sup>.

Para los que asumen esta última línea argumentativa, existirán diferentes bienes jurídicos dependiendo de la conducta concreta de blanqueo que realice el autor (que, según sea el caso, afectará en mayor medida la Administración de Justicia o el orden económico<sup>345</sup>). Además, es perfectamente posible identificar, de forma simultánea, distintos bienes jurídicos en los verbos del tipo penal, dando forma a una variante particular de esta doctrina que acoge la idea de la pluriofensividad del tipo global<sup>346</sup>. De igual forma, aunque con un impacto menor, ciertas posiciones formuladas en las etapas iniciales de la penalización del BdeC identificaban en este tipo penal un refuerzo a la protección del bien jurídico afectado por el delito antecedente y, subsidiariamente, la protección de la seguridad interna (que podría ser vulnerada por la acción de la delincuencia organizada<sup>347</sup>).

Como puede apreciarse, un abanico tan amplio y variado de potenciales bienes jurídicos protegidos provoca, en realidad, una dificultad evidente al momento de intentar armonizar este tipo penal con un sistema de Derecho penal contemporáneo en el que el control del BdeC tiene un rol preponderante. Reconociendo esta innegable realidad, una vez analizado con detalle el bien jurídico del BdeC volveré la mirada hacia la praxis actual de las políticas de prevención del blanqueo. Con ello, buscaré vincular la presente discusión teórica con los múltiples objetivos que hoy se concretan en la aplicación de este delito.

---

<sup>343</sup> Así, LAMPE, «Der neue Tatbestand der Geldwäsche», *JZ*, (3), 1994; DEL CARPIO DELGADO, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, 1997, p. 69 ss.; PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales*, 2000, p. 278 .

<sup>344</sup> Así, ALTENHAIN, «§ 261», *NK-StGB. Band III*, 2005, nm. 10; RUHMANNSEDER, «§ 261», en HEINTSCHEL/HEINEGG (eds.), *BeckOK - StGB*, 29ª ed., 2015, nm. 6; BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2015, p. 310 ss.

<sup>345</sup> Cfr. CEVALLOS TORRES, *Blanqueo de capitales y principio de lesividad*, 2014, p. 217; BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2015, p. 310; HEINRICH, «§ 261», en ARZT *et al.* (eds.), *Strafrecht. BT*, 3ª ed., 2015, nm. 5 ss.

<sup>346</sup> Así, MOLINA FERNÁNDEZ, en BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO (eds.), *Política criminal y blanqueo de capitales*, 2009, p. 92; SCHMIDT/KRAUSE, «§261», *LK-StGB*, 2010, nm. 4; ALTENHAIN, «§261», *NK-StGB. Band III*, 2005, nm. 12; BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2015, p. 315.

<sup>347</sup> Vid. KÜHL/LACKNER, *StGB Kommentar*, 27ª ed., 2011, nm. 1; BARTON, *StV*, (3), 1993, p. 156.



### a) Administración de justicia

A continuación presentaré, en un primer momento expositivo, algunos de los argumentos utilizados por aquella parte de la doctrina que identifica la Administración de Justicia como bien jurídico resguardado por el tipo de BdeC. De acuerdo con los postulados fundamentales de esta línea de pensamiento, el tipo penal de BdeC protege diferentes intereses del Estado que pueden ser agrupados bajo el concepto general de “Administración de Justicia”<sup>348</sup>. En este sentido, y partiendo de una interpretación estricta de este bien jurídico, referida al castigo del BdeC, “la Administración de Justicia” será protegida a través del aseguramiento de las funciones de: i) imposición de las consecuencias jurídicas establecidas en la norma vulnerada por el delito precedente (es decir, el refuerzo de la norma de sanción) –sin que por ello se confunda con el bien jurídico protegido por este<sup>349</sup>–, ii) protección de la capacidad probatoria e investigativa de la Administración de Justicia en relación con el delito precedente<sup>350</sup> y iii) evitación de las figuras criminales de favorecimiento y encubrimiento del delito por parte de terceros.

En contrapartida, una perspectiva más amplia del concepto “Administración de Justicia” permite identificar, adicionalmente, los siguientes intereses: i) el

---

<sup>348</sup> En este punto es preciso presentar una definición del concepto general de “Administración de Justicia”, de acuerdo con la cual “el objeto de tutela no lo es a la institución en sí, sino a su funcionamiento, al instituto que surge como soporte de desarrollo de la actividad encomendada constitucionalmente al Poder judicial, tutelada de manera relativa y, por supuesto, sin pretender aspirar a garantizar la idea de justicia, sino únicamente la de que ésta tenga cauces de desarrollo a partir de la buena gestión de su impartición, para lo cual lo que directamente se tutela es que el ejercicio de la actividad judicial en sí pueda realizarse del modo exigido en el estado de derecho”. DE LA MATA BARRANCO, «El funcionario ante el Derecho penal», *Revista Jurídica de Castilla y León*, (20), 2010, p. 45.

<sup>349</sup> En sus inicios, cuando el tipo penal de blanqueo se introdujo en el Código penal español como una forma de castigo agravado del delito de tráfico de drogas (art. 546 bis *f* del Código penal de 1988), algunos autores defendían que el bien jurídico protegido por el blanqueo debía ser el mismo que aquel protegido por el tráfico de drogas, es decir, la salud pública. Cfr. GÓMEZ PAVÓN, *Cuadernos de política criminal*, (53), 1994, p. 469 ss.; JAHN/EBNER, *JuS*, (7), 2009, p. 597. Esta interpretación ha tenido escasa acogida en la doctrina penal, por dos razones. En primer lugar, por una razón de tipo jurídica, consistente en la dificultad existente en la labor de vincular la realización de conductas de carácter eminentemente financiero –como ocurre en el BdeC– con la afectación de la salud pública. Y, en segundo lugar, por una razón práctica, concretada en la rápida evolución del delito de blanqueo hasta convertirse en un delito independiente (vinculado, en un primer momento, al tipo penal de receptación, pero luego, en 1995, ubicado como delito en un capítulo propio, por medio del actual art. 301 CP). Para una defensa de esta posición en el ordenamiento alemán, cfr. ASCHKE, *Der Straftatbestand der Geldwäsche im Lichte zivilrechtlicher Erwerbsprinzipien*, 2012, p. 143 ss.

<sup>350</sup> Vid. SCHMIDT/KRAUSE, «§261», *LK-StGB*, 2010, nm. 4; ALTENHAIN, «§261», *NK-StGB. Band III*, 2005, nm. 13.

decomiso de valores de origen ilícito<sup>351</sup>, ii) la función práctica de servir como instrumento procesal para facilitar la investigación de los delitos precedentes<sup>352</sup> y iii) blindar a las instituciones públicas nacionales frente al poder económico de la criminalidad organizada (seguridad interna<sup>353</sup>).

Para los defensores de esta postura, el art. 301 CP protege el bien jurídico de la Administración de Justicia en sus dos posibles interpretaciones: tanto, en su concepción de prestación jurisdiccional –que incluye el interés público en la persecución de delitos y el decomiso de los valores obtenidos injustamente<sup>354</sup>– como en su utilización como herramienta de prevención y refuerzo normativo – que se materializa en la aplicación efectiva de la justicia Estatal, la protección de las instituciones y la disuasión de la práctica de nuevos crímenes<sup>355</sup>–.

Así entendido, el tipo penal de BdeC es una modalidad de norma de resguardo<sup>356</sup>. Es decir, está destinado a preservar las funciones de la Administración de

---

<sup>351</sup> Vid. ALTENHAIN, «§261», *NK-StGB. Band III*, 2005, nm. 12; KÜHL/LACKNER, «§261», *StGB Kommentar*, 27ª ed., 2011, nm. 1; HEINRICH, «§261», en ARZT *et al.* (eds.), *Strafrecht. BT*, 3ª ed., 2015, nm. 7; BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 347.

<sup>352</sup> Así, RAGUÉS I VALLÈS, en SILVA SÁNCHEZ, (eds.), *Libertad económica o fraudes punibles?*, 2002, p. 153; BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 304; TRÖNDLE/FISCHER, Thomas, en TRÖNDLE/FISCHER (eds.), *Beck'sche Kurz-Kommentare*, 53ª ed., 2006, nm. 3.

<sup>353</sup> Teniendo en cuenta que el tipo penal de BdeC fue introducido en Alemania a través de la Ley de Combate a la Criminalidad Organizada, surgió una marcada tendencia en este país, caracterizada por considerar que el objeto de protección del delito de BdeC estaba relacionado con la seguridad y la Administración de Justicia internas (*inländische Rechtspflege*, cfr. SCHMIDT/KRAUSE, «§ 261», *LK-StGB*, 2010, nm. 4; KÜHL/LACKNER, «§ 261», *StGB Kommentar*, 27ª ed., 2011, nm. 1.). En efecto, no se puede negar la simbiosis existente entre el poder económico de la criminalidad organizada y la corrupción de agentes públicos y privados (ASCHKE, *Der Straftatbestand der Geldwäsche im Lichte zivilrechtlicher Erwerbsprinzipien*, 2012, p. 140; DIONYSOPOULOU, *Der Tatbestand der Geldwäsche*, 1999, p. 25 ss.). El ejercicio de un poder económico de este tipo podría, de hecho, vulnerar la isonomía frente a las instituciones y, simultáneamente, aumentar los índices de violencia del país. No hace falta profundizar en este argumento para constatar su veracidad: países con fuerte presencia del crimen organizado presentan cifras correlativamente más altas de corrupción. (SCIURBA, *The Incompatibility of global anti-money laundering regimes with human and civil rights*, 2019, p. 127 ss.; SHARMAN/CHAIKIN, *Corruption and money laundering, a symbiotic relationship*, 2009, p. 7 ss).

<sup>354</sup> Cfr. ALTENHAIN, «§ 261», *NK-StGB. Band III*, 2005, nm. 10; BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2015, p. 210.

<sup>355</sup> Vid. FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, 1998, p. 205; PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales*, 2000, p. 296; RAGUÉS I VALLÈS, en SILVA SÁNCHEZ, (eds.), *Libertad económica o fraudes punibles?*, 2002, p. 132.

<sup>356</sup> En este sentido, véase: ALTENHAIN, *Das Anschlussdelikt*, 2002, p. 416 ss.; HEINRICH, «§ 261», en ARZT *et al.* (eds.), *Strafrecht. BT*, 3ª ed., 2015, nm. 31. Como sostiene este último autor, el tipo penal de BdeC se ha transformado en un tipo penal que opera como herramienta para reforzar los procesos de decomiso de los valores ilícitos, en los casos en los que no haya podido probarse la intervención en el delito precedente.

Justicia que, a su vez, tiene la finalidad de restablecer la expectativa de vigencia de la norma.

En esta línea de ideas, es preciso reconocer que “ocultar o encubrir el origen delictivo de los bienes” o “ayudar al autor del delito precedente a eludir las consecuencias legales de sus actos” entorpece, efectivamente, la capacidad de los órganos de investigación para cumplir con su propósito de identificar y castigar a los responsables por la comisión de hechos delictivos precedentes, que generan ganancias cuantificables económicamente. Un argumento adicional que sirve para reforzar una interpretación de este tipo es el hecho de que el delito de BdeC comparte la lógica del delito de encubrimiento<sup>357</sup> que es, justamente, el delito contra la administración pública por antonomasia<sup>358</sup>.

Prosiguiendo con el análisis, debe recordarse que uno de los objetivos particularmente perseguidos por el legislador –y que es compatible los intereses de la Administración de Justicia– es el decomiso de las ganancias derivadas del delito<sup>359</sup>. Este es, de hecho, el objetivo declarado explícitamente como piedra angular para justificar la penalización del BdeC: atacar y desincentivar la comisión de actividades criminales (en particular, aquellas de la criminalidad organizada y, originalmente, el tráfico de drogas) por medio de la incautación de sus rendimientos económicos<sup>360</sup>.

Ahora bien, a mi juicio, entender que el BdeC es un delito que atenta exclusivamente contra la Administración de Justicia significa equiparar en gravedad conductas ubicadas en distintos órdenes: partiendo de esta lógica sería necesario considerar igual de grave la conducta de aquel que encubre al autor del delito precedente y la conducta del sujeto que, valiéndose de fraudes maniobras

---

<sup>357</sup> En España el vínculo existente entre estos dos delitos es todavía más estrecho. Efectivamente, antes de que el CP 1995 le reubicara en capítulo propio, el delito de BdeC era una modalidad de encubrimiento. CALDERÓN TELLO, *El delito de blanqueo de capitales: problemas en torno a la imprudencia y a la receptación*, 2016, p. 293.

<sup>358</sup> En este sentido, vid. GÓMEZ PAVÓN, *Cuadernos de política criminal*, (53), 1994, p. 473; BERDUGO/FABIAN CAPARRÓS, en NÚÑEZ PAZ *et al.* (eds.), *Un derecho penal comprometido: libro homenaje al Prof. Gerardo Landrove Díaz*, 2011, pg. 186. Sin embargo, pese a la cercanía sistemática existente entre los delitos de blanqueo y encubrimiento, se trata de delitos totalmente independientes, como bien subrayan estos autores.

<sup>359</sup> Cfr. BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 290; FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetze*, 60ª ed., 2013, nm. 8 ss.

<sup>360</sup> Cfr. VOGEL, J, *ZStW*, (2 - 109), 1997, p. 338; QUINTERO OLIVARES, *RECPC*, (12 - 2), 2010, p. 2 ss.

de disimulación, lleva a cabo el proceso de blanqueo. A no ser que el legislador atribuya *ex ante* categorías distintas de pena. Esta crítica será retomada más adelante<sup>361</sup>.

Sin embargo, en este sentido, y recordando las ideas expuestas acerca de los deberes de colaboración de los sujetos obligados, bien podría sostenerse que la labor de prevención que se asigna a estos sujetos, se identifica efectivamente con el objetivo de protección de la Administración de Justicia. Pero, para que no se genere el tipo de problemas de lógica jurídica y punibilidad mencionados en el párrafo anterior, habría que determinar que las infracciones de los sujetos obligados afectan, en realidad, un aspecto distinto de la Administración de Justicia: no se trata atribuir responsabilidad penal como consecuencia del encubrimiento sino, más bien, por la falta de cooperación con la labor investigativa. En otras palabras: tendría que afirmarse que los sujetos obligados infringen la “norma de resguardo” (colaboración con la Administración de Justicia) de la “norma de resguardo” (BdeC). Ello se desarrollará en apartado propio más adelante<sup>362</sup>.

#### *b) Orden económico*

Desde otra perspectiva, considerando los efectos nocivos que el capital ilícito puede generar en la economía, parte de la doctrina sostiene que el BdeC “supone algo más<sup>363</sup>” que la afectación de la Administración de Justicia. Basándose en una argumentación extensa –particularmente en el contexto español– este grupo de autores defienden el BdeC afecta, en realidad, el orden socioeconómico<sup>364</sup>.

En este sentido, consideran que la infiltración de capitales de origen ilícito en la economía produce una distorsión efectiva de la libre competencia en el mercado:

---

<sup>361</sup> Vid. *infra* parte I, Cap. IV: “Blanqueador col·laborador”.

<sup>362</sup> Vid. *infra* Parte III, Cap. II. 2: “Blanqueo-organización y blanqueo –colaboración: mismo interés, diferentes formas de afectación”.

<sup>363</sup> DEL CARPIO DELGADO, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, 1997, p. 64.

<sup>364</sup> Con más o menos matices, la mayoría de los autores españoles que han escrito sobre el delito de BdeC reconoce que las transacciones de blanqueo proyectan sus efectos sobre el sistema financiero y son potencialmente lesivas para el buen funcionamiento de la economía y de la justa competencia. Cfr. BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2015, p. 307, PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales*, 2000, p. 250 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 2019, p. 605; GÓMEZ INIESTA, *El delito de blanqueo de capitales en Derecho español*, 1996; FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, 1998, p. 209 ss.; CEVALLOS TORRES, *Blanqueo de capitales y principio de lesividad*, 2014, p. 221 ss.

aquellas empresas que son utilizadas como pantalla para canalizar recursos ilícitos cuentan con las condiciones necesarias para asumir mayores riesgos y acceder a aportes de capital “más baratos”. Pues la actividad ilícita siempre ofrecerá la posibilidad de acceder a recursos adicionales, necesarios<sup>365</sup> para lograr estos fines.

Sin embargo, estudiando detalladamente el sentido de las directivas europeas antiblanqueo (y, en especial, la 4ª Directiva<sup>366</sup>), la simple formulación –por demás, sumamente vaga y amplia– “proteger el sistema financiero” no es suficiente para dirigir la labor normativa de los legisladores nacionales ni para aportar un marco operativo consistente o una estrategia política homogénea<sup>367</sup>.

---

<sup>365</sup> DEL CARPIO DELGADO, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, 1997, p. 71; PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales*, 2000, p. 282; CALDERÓN TELLO, *El delito de blanqueo de capitales: problemas en torno a la imprudencia y a la receptación*, 2016, p. 302. Esta perspectiva se ve confirmada por las últimas directrices internacionales que sitúan la protección del sistema financiero como uno de los ejes principales del modelo actual de prevención del BdeC, atendiendo a las enormes sumas generadas por actividades delictivas alrededor del mundo, que acaban circulando, en gran medida, por el sistema financiero regular. COBHAM/JANSKY, *Illicit financial flows: an overview. Background Paper for UNCTAD*, 2017, p. 32. En este estudio elaborado para la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, los autores compilan datos estimados del volumen de capital de origen ilícito generado anualmente, obteniendo cifras impresionantes. Se calcula, por ejemplo, que a largo plazo, las pérdidas generadas “únicamente” por la defraudación de impuestos pueden ascender a 400 billones de dólares en los países miembros de la OCDE (1% de su producto interior bruto), y a 200 billones de dólares en países de bajos ingresos (equivalente a 1,3% de su PIB). Disponible en: [https://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/tdb\\_efd1\\_bp\\_CJ\\_en.pdf](https://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/tdb_efd1_bp_CJ_en.pdf). Acceso en 16.11.20.

<sup>366</sup> Esta afirmación se extrae del primer considerando de la 4ª Directiva europea relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo (Directiva UE 2015/849): “La solidez, integridad y estabilidad de las entidades financieras y de crédito, así como la confianza en el sistema financiero en su conjunto, podrían verse en grave peligro debido a los esfuerzos de los delincuentes y sus cómplices, ya sea por encubrir el origen de los productos del delito, ya por canalizar el producto de actividades lícitas o ilícitas a fines terroristas. Para facilitar sus actividades delictivas, quienes blanquean capitales y financian el terrorismo podrían aprovecharse de la libre circulación de capitales y de la libre prestación de servicios financieros que trae consigo un espacio financiero integrado. Por consiguiente, son precisas ciertas medidas de coordinación a escala de la Unión. Al mismo tiempo, debe establecerse un equilibrio entre los objetivos de protección de la sociedad frente a las actividades delictivas y de la estabilidad y la integridad del sistema financiero de la Unión y la necesidad de crear un entorno regulador que permita que las empresas desarrollen sus negocios sin incurrir en costes de cumplimiento desproporcionados”.

<sup>367</sup> MOCCIA, «De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales», en SILVA SÁNCHEZ (eds.), *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, 1997, p. 121. El autor realiza una crítica contundente de la consideración del “orden económico” como bien jurídico, por su insuficiencia en concretar el objeto de protección penal (“El objeto de tutela de referencia parece ser, sobre el plano estructural, todo aquello asimilable al orden público ideal, más que un interés de tipo patrimonial-económico. Al nivel de ‘orden público’ no parece que tales bienes puedan ser reducidos a objetos de tutela; en realidad, vistos bajo estos parámetros, parecen inabarcables conceptualmente y sus límites escapan a una clara delimitación; de hecho, no son objetos de tutela, sino razones de tutela. Ello significa que su utilización, en cuanto que objetos de tutela, es sostenible sólo bajo el precio de aceptar la concepción metódica del bien jurídico que, como es notorio, constituye un

Adicionalmente, la literatura y los estudios elaborados al respecto no permiten afirmar, de forma tajante, que los capitales de origen ilícito generen un impacto negativo en la estabilidad financiera del mercado, ni logran comprobar que los potenciales daños a la reputación<sup>368</sup> del sistema financiero sean suficientes para justificar el establecimiento de un sistema de prevención de tal magnitud<sup>369</sup>.

Es por esto que, reconociendo la imprecisión del concepto “orden económico”<sup>370</sup> y con la intención de responder a las críticas formuladas acerca de la imposibilidad de comprobar los efectos concretos del BdeC sobre el sistema financiero, la doctrina se ha visto obligada a precisar el ámbito de afectación de su propuesta. Concretamente, ha dirigido su atención a los elementos característicos de la circulación lícita de capitales y a la protección de la competencia leal entre las empresas<sup>371</sup>, elevándolos a la categoría de intereses concretos que deben ser protegidos, en su rol de manifestaciones tangibles del orden económico.

Así, en el marco de estas propuestas se sostiene que, solo mediante la protección de un sistema de libre competencia es posible resguardar las condiciones económicas de los sectores más vulnerables a sufrir afectaciones por la circulación de capitales ilícitos<sup>372</sup>. Piénsese, por ejemplo, en la filtración masiva de capital ilícito en el mercado inmobiliario o en la competencia desleal generada por en los distintos mercados ilegales de bienes y servicios. Consecuentemente, se postulan dos elementos complementarios, pero esenciales para la conservación

---

esquema mental que, a modo de compendio, sirve para obtener el significado y fin de los preceptos concretos, es decir, para individualizar la *ratio legis* de cada tipo”).

<sup>368</sup> HARVEY/FUNG LAU, «Crime-money, reputation and reporting», *Crime, Law & Social Change*, (52 - 1), 2009, p. 58; SHEHU, «Promoting financial sector stability through an effective AML/CFT regime», *Journal of Money Laundering Control*, (13 - 2), 2010, p. 137.

<sup>369</sup> ALLDRIDGE, *What went wrong with money laundering law?*, 2016, p. 38.

<sup>370</sup> DIONYSOPOULOU, *Der Tatbestand der Geldwäsche*, 1999, p. 18; TIEDEMANN, *Manual de Derecho penal económico*, 2010, p. 215; MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 2019, p. 607; DEL CARPIO DELGADO, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, 1997, p. 71; PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales*, 2000, p. 282. Estos autores hacen referencia, de diferentes formas, al hecho de que el orden económico no puede ser considerado un bien jurídico objeto de protección penal. Este constituye, en realidad, un concepto abstracto que cumple la función de ordenar sistemáticamente los tipos penales y que debe ser concretado en una pluralidad de bienes y valores, estos sí, merecedores de protección penal.

<sup>371</sup> Cfr. BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 346. Por medio de un estudio que incluye el análisis económico de los daños sociales asociados al BdeC el autor destaca “el efecto criminógeno, el efecto incremento del poder económico del crimen organizado y el efecto anticompetitivo”.

<sup>372</sup> Vid. BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2015, p. 344.

del equilibrio del orden económico: la licitud de los valores que circulan en el país y la solidez del mercado financiero<sup>373</sup>. Es que, como manifiestan algunos autores, la contaminación del sistema financiero nacional con dinero ilícito puede afectar, tanto la credibilidad, estabilidad y solidez de dicho sistema, como también los derechos de solvencia y protección de los inversores y clientes que confían en las instituciones financieras para delegar la administración de sus capitales<sup>374</sup>. Se trata, sin embargo, de un equilibrio difícil de garantizar, tal y como le evidencian los desarrollos recientes en materia de utilización de monedas virtuales, que dejan de manifiesto la vulnerabilidad del sistema financiero frente al ingreso de capitales por vías poco reguladas y a la rapidez con la cual ciertos sistemas alternativos se ofrecen para administrar capitales de origen ilícito<sup>375</sup>.

### c) *Pluriofensividad*

Sumadas a las dos construcciones doctrinales expuestas en los párrafos anteriores, existe una interpretación dominante, que parece definir la opinión de la doctrina española acerca del bien jurídico protegido por el BdeC: estamos frente a un delito pluriofensivo<sup>376</sup>, cuya penalización protege, simultáneamente, los intereses de la Administración de Justicia y el orden económico<sup>377</sup>. En este orden de ideas, algunos autores proponen diferenciar aquellas conductas que tienen la capacidad de afectar –directa o indirectamente– alguno de los bienes

---

<sup>373</sup> Así, ALLDRIDGE, *What went wrong with money laundering law?*, 2016, p. 13.

<sup>374</sup> Vid. MONTALVO, «Protección penal del sistema financiero», *Diario La Ley*, (XXIV - 5865), 2003; BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2015, p. 321; DEL CARPIO DELGADO, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, 1997, p. 63

<sup>375</sup> Con detalles a respecto: DE SANCTIS, *Technology-Enhanced Methods of Money Laundering: Internet As Criminal Means*, 2019, p. 2 ss.

<sup>376</sup> BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2015, p. 310; FARALDO CABANA, «Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código penal de 1995», *Estudios penales y criminológicos*, (21), 1998, p. 128; PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales*, 2000, p. 202; CEVALLOS TORRES, *Blanqueo de capitales y principio de lesividad*, 2014, p. 171; MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 2019, p. 607. Por su parte, algunos autores sostienen que insistir en calificar el delito de blanqueo como pluriofensivo no ayuda a mejorar la capacidad de rendimiento del concepto. En realidad, solo crea nuevos inconvenientes en la interpretación de este tipo, en la medida en que lleva a confundirlo con los delitos de encubrimiento y receptación. BERDUGO/FABIAN CAPARRÓS, en NÚÑEZ PAZ *et al.* (eds.), *Un derecho penal comprometido: libro homenaje al Prof. Gerardo Landrove Díaz*, 2011, p. 122; DEL CARPIO DELGADO, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, 1997, p. 63.

<sup>377</sup> ABEL SOUTO, *El delito de blanqueo en el Código penal español*, 2005, p. 87 ss.; BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2012, p. 210 ss.; PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales*, 2000, p. 202; MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 2019, p. 607.

jurídicos indicados, mientras que otro sector defiende la conclusión de la “pluriofensividad”, partiendo de una ponderación global de los efectos del BdeC. Esta última posición puede sintetizarse de la siguiente manera: tanto la criminalidad involucrada en el fenómeno del blanqueo, como las transacciones con valores ilícitos, vulneran –en todos los casos y con distinta intensidad– la capacidad investigadora de la Administración de Justicia con respecto al delito antecedente y la integridad del sistema financiero.

De este postulado, ampliamente desarrollado en la literatura alemana, puede inferirse que el tipo penal de BdeC contiene, en realidad, varios tipos en uno (ocultación, disimulación y aislamiento del autor del delito precedente). Cada uno de esos “subtipos” –descritos en los tres párrafos del tipo de BdeC contenido en el §261 StGB– tiene como finalidad proteger un bien jurídico distinto. La doctrina alemana incluye, también, perspectivas alternativas de acuerdo con las cuales la incriminación del BdeC es una herramienta diseñada para aislar el capital del autor del delito precedente. Y así, de forma correspondiente, constreñir a los sujetos obligados a impedir que valores de procedencia ilícita ingresen en el sistema bancario del país<sup>378</sup>. Esta coexistencia argumentativa permite identificar grupos interpretativos claramente definidos: una parte de los autores indica que el tipo de aislamiento protege el sistema financiero, mientras que los demás lo consideran un mecanismo de garantía del comiso y, en consecuencia, una forma de proteger la Administración de Justicia. Finalmente, algunas voces lo consideran un tipo penal de refuerzo del bien jurídico protegido por el delito antecedente<sup>379</sup>.

En síntesis, parece plausible sostener que el tipo penal de BdeC presenta tres núcleos distintos de conductas, cada uno de ellos comprometido con la protección de un bien jurídico distinto. Así, por ejemplo, autores como ALTENHEIN<sup>380</sup> consideran que las conductas de ocultación del origen ilícito afectan el interés probatorio de la Administración de Justicia, mientras que las conductas de disimulación perjudican el decomiso. Por su parte, la prohibición de conductas de favorecimiento y encubrimiento del autor del delito precedente (las

---

<sup>378</sup> Cfr. BOTTKE, *Wistra*, (4), 1995, p. 126; VOGEL, J., *ZStW*, (2 - 109), 1997, p. 351; LAMPE, *JZ*, (3), 1994, p. 125.

<sup>379</sup> Así, ALTENHAIN, «§ 261», *NK-StGB. Band III*, 2005, nm. 14.

<sup>380</sup> Vid. ALTENHAIN, *Das Anschlussdelikt*, 2002, p. 389 ss.; ALTENHAIN, «§261», *NK-StGB. Band III*, 2005, nm. 8-9.



conductas de aislamiento<sup>381</sup>) tiene la finalidad de reforzar el bien jurídico protegido por este delito<sup>382</sup>.

Desde mi punto de vista, la decisión de la doctrina alemana consistente en identificar distintos bienes jurídicos correspondientes a distintos grupos de conductas parece la opción más acertada. Sin embargo, de ella se desprenden dos consecuencias ineludibles. En primer lugar, la necesidad de reformar el tipo penal, de tal suerte que su redacción permita identificar la lesividad de cada conducta prohibida y su objeto de protección. Y, en segundo lugar, debe reconocerse que las diferentes funciones atribuidas a la penalización del blanqueo están estrechamente vinculadas a la protección de intereses concretos de la Administración de Justicia –como los son el decomiso de bienes, el fortalecimiento de las capacidades de investigación o la protección frente a posibles perturbaciones sistémicas de las instituciones del Estado como consecuencia de la infiltración de la criminalidad organizada en sus estructuras–.

Pero sea cual sea la postura que se asuma, es claro que la doctrina se ha ocupado de identificar y estudiar detalladamente casi una decena de potenciales bienes jurídicos que –de forma exclusiva o en combinación con otros– estarían siendo protegidos a través del tipo penal de BdeC: a saber, el bien jurídico del delito antecedente, la Administración de Justicia entendida como refuerzo de la capacidad probatoria e investigadora, la Administración de Justicia en su variante de refuerzo de la norma de sanción (para evitar el factor criminógeno del favorecimiento), la Administración de Justicia como pretensión de decomiso, la Administración de Justicia como protección de la seguridad interna, el orden económico como circulación lícita de capitales, el orden económico como leal competencia en el mercado y el orden económico como credibilidad del sistema financiero.

Una propuesta de este tipo, con tantas y tan variadas posibilidades, no parece ser la herramienta más adecuada para diseñar un sistema de control claro y esquemático. Más bien, parece que las condiciones de creación y el contexto político-criminal de aplicación del delito de BdeC –adoptando una posición

---

<sup>381</sup> Vid. infra, Parte I, Cap. IV.1.a): “El tipo de aislamiento”.

<sup>382</sup> Vid. ALTENHAIN, *Das Anschlussdelikt*, 2002, p. 417. En España, CEVALLOS TORRES desarrolla una tesis semejante, vinculando la afectación de distintos bienes jurídicos dependiendo de las fase de realización del BdeC que se analice (colocación, disimulación e integración). (*Blanqueo de capitales y principio de lesividad*, 2014, 260 ss.).

defendida por algunos autores que considero acertada–, han dado lugar a una “interpretación irreflexiva (como sinónimo de mecánica o automática)<sup>383</sup>”, infructífera, y “bastante inútil<sup>384</sup>” acerca del bien jurídico protegido por el BdeC. La referencia al bien jurídico, en relación con este delito, tiene, entonces, un carácter meramente retórico o hermenéutico<sup>385</sup>. No resulta entonces extraño que parte importante de la doctrina denuncie la “amenazante banalización<sup>386</sup>” de la teoría del bien jurídico provocada por situaciones de este tipo.

En síntesis, las ideas hasta aquí expuestas ofrecen indicios suficientes para sostener que el concepto de bien jurídico, tal y como ha sido desarrollado en el contexto del BdeC, no es una referencia lo suficientemente sólida como para hacer depender de ella la tarea de delimitación y fundamentación del injusto de este delito.<sup>387</sup> La dificultad manifiesta para delimitar el bien jurídico debe entenderse –partiendo del criterio crítico que se ha construido a partir de la realización de esta investigación– como una consecuencia lógica de la falta de claridad de los objetivos vinculados a la persecución pública de este delito y, sobre todo, como consecuencia de que el actual tipo de BdeC español incluye, efectivamente, varios tipos en uno. Siendo así, tienen razón los autores que identifican el bien jurídico protegido recurriendo al análisis de cada una de las variantes de las conductas típicas de blanqueo. Pues así logran definir con más precisión qué deberes y expectativas intersubjetivas son asignadas a cada uno de los intervinientes en el proceso de blanqueo: el sujeto obligado (*gatekeeper*), el encubridor, el blanqueador que dificulta la labor procesal y el blanqueador que contamina los flujos de capital del sistema financiero.

---

<sup>383</sup> Vid. CALDERÓN TELLO, *El delito de Blanqueo de capitales: problemas en torno a la imprudencia y a la receptación*, 2016, p. 238.

<sup>384</sup> Estamos completamente de acuerdo con FABIÁN CAPARRÓS cuando sostiene que: “penalizar el blanqueo como medio a través del cual fortalece la protección de un determinado bien jurídico (...) no parece que sea una solución lo suficientemente satisfactoria. *Contrario sensu*, nos inclinamos más bien a pensar que nos encontramos ante una enrevesada construcción 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”. (*El delito de blanqueo de capitales*, 1998, p. 222).

<sup>385</sup> Vid. ROXIN, *AT, Band I*, 4ª ed., 2006, § 2, nm. 5.

<sup>386</sup> De hecho, tal y como sostiene HEINRICH, un bien jurídico de este tipo, sin contornos, ya no es un bien jurídico. («§261», en ARZT *et al.* (eds.), *Strafrecht. BT*, 3ª ed., 2015, nm. 5-7).

<sup>387</sup> BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 346.

El hecho de haber presentado un análisis extenso acerca de tema tiene una razón de fondo: este estudio me ha permitido comprender –y tal como sostiene cierta parte doctrina alemana<sup>388</sup>, que dentro de la actual redacción del tipo penal del art. 301 CP se incluyen conductas que tienen sentidos divergentes, a saber, conductas de blanqueo y de colaboración con el Estado en la prevención de este delito. Solamente la depuración de aquellas prácticas nucleares de los procesos de disimulación del origen ilícito permitirá centrar el análisis y la aplicación del tipo en los verdaderos actos de blanqueo y definir adecuadamente el injusto que corresponde a los sujetos obligados.

En consecuencia, en los próximos párrafos trataré de sintetizar algunas de las propuestas más relevantes acerca de la interpretación del injusto del BdeC. Como se verá, algunos autores han contribuido a dar un paso adelante en la aclaración de los núcleos de las conductas prohibidas y de las finalidades que pueden extraerse –de forma objetiva– de la actual definición del tipo de BdeC, tanto en España como en otras jurisdicciones, sin ubicar necesariamente a la teoría del bien jurídico en el centro de la fundamentación material de este delito.

#### d) *Tutela de funciones*

Es necesario comenzar con una afirmación tajante: el delito de BdeC refleja, para bien y para mal, el Derecho penal de nuestro tiempo<sup>389</sup>. La primacía de la atención a la economía sobre los demás intereses individuales, la protección de intereses difusos, referidos más bien a la tutela de funciones que a la de bienes jurídicos<sup>390</sup> o la implementación irreflexiva y descontextualizada de

---

<sup>388</sup> Cfr. ALTENHAIN, *Das Anschlussdelikt*, 2002, p. 389 ss.; ALTENHAIN, «§261», *NK-StGB. Band III*, 2005, nm. 8-9.

<sup>389</sup> En efecto, esto ha sido manifestado por muchos autores (FEIJOO SÁNCHEZ, *AFDUAM*, (16), 2012; SILVA SÁNCHEZ, «Derecho penal regulatorio», *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, 2015; KNORZ, *Der Unrechtsgehalt des § 261 StGB*, 1996, p. 109). Véase, por ejemplo, el comentario de MUÑOZ CONDE al respecto: “Aunque con algunas particularidades, el delito de blanqueo de capitales presenta muchas de las características y peculiaridades de este “moderno” Derecho penal, no sólo ya porque es un “hijo de este tiempo”, y criminaliza comportamientos que antes no eran punibles, sino porque su incriminación se lleva a cabo a través de una descripción casuística de las conductas punibles, utilizando las técnicas antes mencionadas del delito de peligro abstracto y de las normas penales en blanco y dejando en gran indeterminación el concreto bien jurídico que se quiere proteger”. MUÑOZ CONDE, en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (eds.), *I Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero*, 2009, p. 158.

<sup>390</sup> Así, MOCCIA, «De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales», en SILVA SÁNCHEZ (eds.), *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, 1997, p. 122.

compromisos internacionales carentes de una legitimación democrática real<sup>391</sup> son solo algunas de las situaciones que sirven para ilustrar este paralelismo. No debe entonces sorprender que la teoría del bien jurídico tenga dificultades para explicar suficientemente el fenómeno del BdeC.

Paradójicamente, defiende completamente la afirmación de acuerdo con la cual la teoría del bien jurídico tiene el potencial suficiente para justificar las decisiones legislativas frente a la adopción de algunos tipos penales<sup>392</sup>. No obstante, ya ha quedado suficientemente claro que, en el caso concreto del BdeC, dicha construcción teórica *carece* del potencial explicativo necesario<sup>393</sup>.

En efecto, no son pocos los autores que han puesto en tela de juicio la actual configuración del BdeC, simplemente por identificar que todo el sistema generado alrededor de estas conductas protege, en realidad, una *función* y no un bien jurídico.

Desde la publicación de la primera versión del tipo penal de blanqueo del Código Penal suizo (art. 305 StGB-CH) STRATENWERTH afirmaba que este tipo, en realidad, estaba diseñado para cumplir una función procesal. Es decir, se trataba de un tipo penal que facilitaba la labor investigativa del delito precedente, por medio de la exigencia de indicios probatorios comparativamente más débiles. Así, a modo de ejemplo, a partir de la simple identificación de un capital sospechoso, incompatible –de forma objetiva– con las ganancias reportadas por un individuo, se hizo posible, gracias al tipo de BdeC, la incoación de un procedimiento penal. Todo ello, sin que la fiscalía o las autoridades policiales tuvieran una opinión formada sobre la comisión del delito que ha originado –

---

<sup>391</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2008, p. 104; ETCHEBERRY, en AMBOS/CARO CORIA (eds.), *Lavado de activos y compliance: perspectiva internacional y derecho comparado*, 2015, p. 133.

<sup>392</sup> Más una vez, vid. MOCCIA, «De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales», en SILVA SÁNCHEZ, (eds.), *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, 1997, p. 121. Este autor señala que el bien jurídico, en realidad, es esencial para la determinación de los tipos penales y que la tutela de funciones “banaliza el concepto de bien jurídico cuando éste es indispensable para la construcción del delito desde el punto de vista de garantías formales y substanciales. Se acaba, pues, favoreciendo la proliferación de objetos ficticios de tutela, que avalan opciones de incriminación hipertrófica”.

<sup>393</sup> En ese sentido, BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 345.

presuntamente— dicho capital. Acentuando su tono crítico, este autor aseveró que este tipo penal se fundamentaba en “la típica perspectiva de la fiscalía”<sup>394</sup>.

En esta misma línea, pero refiriéndose a uno de los apartados del tipo penal de BdeC del Código Penal alemán, ALTENHEIN sostiene que el llamado tipo de aislamiento § 261.1 StGB, en realidad tiene como objetivo impedir que el autor del delito logre satisfacer los intereses económicos que motivaron la comisión del delito. El tipo de aislamiento incrimina los actos de posesión, utilización o adquisición —para sí o para terceros de bienes cuyo origen ilícito se conociera al momento de efectuarse la transferencia. Entendido de esta forma, su finalidad consiste en dificultar al autor del delito precedente la circulación del capital ilícito<sup>395</sup>. Según la opinión de este autor alemán, esta finalidad hace imposible identificar un bien jurídico digno de protección y, en consecuencia, la única opción disponible para el intérprete es considerar que la penalización del BdeC opera como refuerzo del bien jurídico protegido por el delito precedente. En caso de no aceptarse esta propuesta sería necesario concluir que se trata de un tipo penal que no protege ningún bien jurídico<sup>396</sup>.

En efecto, la doctrina dominante comparte, casi unánimemente, la interpretación de acuerdo con la cual el delito de BdeC representa, sobre todo, un mecanismo procesal<sup>397</sup>. En este contexto, mientras algunos autores vinculan esta función procesal con un concepto difuso de Administración de Justicia<sup>398</sup>, parte de las opiniones autorizadas considera que la protección penal de medidas propias del proceso penal no puede ser admitida como objeto de protección. En otras palabras, que el amparo de estos intereses no justifica la creación de un tipo

---

<sup>394</sup> Así, STRATENWERTH, «Geldwäscherei - ein Lehrstück der Gesetzgebung», en PIETH (eds.), *Bekämpfung der Geldwäscherei. Modellfall Schweiz?*, 1992, p. 102. Las críticas del autor al respecto son muy directas, en lo que se refiere al delito de BdeC entendido como resultado de un interés por facilitar la labor de la fiscalía (“...das Gesetz den deliktischen Erfolg nicht in der Unterstützung des organisierten Verbrechens erblickt, sondern darin, dass die Arbeit der Strafverfolgungsbehörden erschwert wird. Man ist versucht zu sagen: die typische Perspektive eines Staatsanwalts”).

<sup>395</sup> Vid. infra, Parte I, Cap. IV.1.a): “El tipo de aislamiento”.

<sup>396</sup> ALTENHAIN, *Das Anschlussdelikt*, 2002, p. 421; ALTENHAIN, en KINDHÄUSER *et al.* (eds.), *NK-StGB. Band III*, 2005, nm. 14.

<sup>397</sup> GURULE, *Scholarly Works*, (21), 1995; LEVI/REUTER, en TONRY (eds.), *The Oxford Handbook of crime and public policy*, 2011; ASCHKE, *Der Straftatbestand der Geldwäsche im Lichte zivilrechtlicher Erwerbsprinzipien*, 2012, p. 143.

<sup>398</sup> HEINRICH, «§261», en ARZT *et al.* (eds.), *Strafrecht. BT*, 3ª ed., 2015, nm. 5.

penal, pues el amparo de estos intereses es, *per se*, la función de prevención general del Derecho penal<sup>399</sup>.

Por todo lo anterior, entiendo que una aproximación realista al delito de BdeC debe, efectivamente, identificar las funciones esenciales que el legislador – nacional e internacional– le haya atribuido. En primer lugar, puede tratarse de una *función procesal*<sup>400</sup> investigadora, en la medida en que se le haya asignado la finalidad de facilitar la investigación y persecución criminal de delitos (cometidos, en su mayoría, en el contexto de la criminalidad organizada), cuyos autores probablemente lograrán evadir responsabilidad penal<sup>401</sup>. Una función de este tipo también serviría para facilitar el decomiso de los bienes generados por el delito precedente. En segundo lugar, al tipo penal puede serle asignada una *función preventiva*<sup>402</sup>, en la medida en que extiende el ámbito de aplicación y las implicaciones de los deberes de protección y denuncia de los sujetos obligados a mantener los bienes de origen ilícito por fuera del sistema financiero.

Las consideraciones presentadas hasta ahora permiten formular dos conclusiones provisionales. Parece que la insistencia por lograr identificar un bien jurídico protegido por el BdeC –a pesar de existir, como se ha expuesto, un sinfín de posibilidades–, responde, más bien, a la fuerza de una tradición jurídica que eleva la identificación real de un bien jurídico claro al nivel de única fundamentación posible de un tipo penal –en nuestro caso, del tipo de BdeC–. En efecto, a muy pocos se les ocurriría defender la descriminalización del BdeC, argumentando que se trata de un tipo penal “sin bien jurídico”, pues los daños económicos e institucionales provocados por la circulación de capitales ilícitos<sup>403</sup> son

---

<sup>399</sup> Así, ALTENHAIN, *Das Anschlussdelikt*, 2002, p. 421; TRÖNDLE/FISCHER, «§261», *Beck'sche Kurz-Kommentare*, 53ª ed., 2006, nm. 3. En el mismo sentido, HEINRICH, en ARZT *et al.* (eds.), *Strafrecht. BT*, 3ª ed., 2015, nm. 7.

<sup>400</sup> Cfr. SCHMIDT/KRAUSE, «§261», *LK-StGB*, 2010, nm. 4.

<sup>401</sup> Vid. LEVI/REUTER, *Crime and Justice*, (34 - 1), 2006, p. 370.

<sup>402</sup> Así, FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, 1998, p. 204; DIONYSOPOULOU, *Der Tatbestand der Geldwäsche*, 1999, p. 47; RAGUÉS I VALLÈS, en SILVA SÁNCHEZ (eds.), *Libertad económica o fraudes punibles?*, 2002, p. 153.

<sup>403</sup> Cfr. BLANKENBURG/KHAN, «Governance and illicit flows», en REUTER, Peter (eds.), *Draining development?*, 2012, p. 25 s.; UNGER, *The scale and impacts of money laundering*, 2007, p. 132 ss. En las primeras etapas de la incriminación del BdeC se difundió la idea de acuerdo con la cual el blanqueo de capitales era, en realidad, un delito beneficioso para los países que recibían el capital ilícito. Esto, se decía, porque implicaba integrar dinero en la economía y, de alguna forma, aumentar el pago de ciertos impuestos. De esta forma, solía identificarse el BdeC con estrategias para pagar tributos y así reinsertar capital en la economía. MCCARTHY, «Why do some States tolerate money laundering?», en UNGER/LINDE (eds.), *Research Handbook on Money Laundering*, 2013, p. 137. En su obra de 2009, BAJO afirmaba que: “el lavado o blanqueo de dinero es una actividad que debe ser promocionada desde todos

incuestionables. Adicionalmente a lo anterior, teniendo en cuenta el nivel de presión internacional por lograr unificar las normativas expedidas en esta materia, no parece lógico que algún país esté dispuesto a descriminalizar el BdeC por la imposibilidad de identificar un bien jurídico concreto y delimitado. Este razonamiento justificaría los esfuerzos por encontrar –a cualquier costo– un bien jurídico, cuya protección pueda vincularse al tipo de BdeC.

Sumado a lo anterior, urge reconocer que, al dedicar tantos esfuerzos y energías a “salvar lo insalvable”, la doctrina ha dejado en un segundo plano la acuciante tarea de repensar la redacción del tipo penal de BdeC, las vías de criminalización de este delito y los intereses que se encuentran detrás de la “maraña”<sup>404</sup> de conductas punibles que hacen parte del sistema integral de prevención. No me canso de repetir que, el hecho de que se identifiquen tantos intereses protegidos, es un fuerte indicativo de que existen varios tipos penales en uno.

En este contexto, parece claro que la doctrina es el eslabón llamado a asumir la tarea consistente en traducir esta demanda social/legislativa/internacional, en normas y mandatos de conducta bien definidos, proporcionados y respetuosos del principio de legalidad<sup>405</sup>. En definitiva, es necesario repensar la tipificación del

---

los puntos de vista por los poderes públicos, ya que coincide exactamente con el objetivo de la labor inspectora de todos los mecanismos de inspección económica de un país: la inspección de la Agencia Tributaria, la inspección del Trabajo, etc. La única relevancia que podría tener el blanqueo de capitales estriba en lo que representa como participación en el delito base”. BAJO FERNÁNDEZ, en BACIGALUPO/BAJO FERNÁNDEZ (eds.), *Política criminal y blanqueo de capitales*, 2009, p. 13. Frente a la aparente validez de una idea de este tipo, es preciso puntualizar las equivocaciones en que incurrir sus planteamientos centrales (¿cómo podría ser el BdeC algo beneficioso, si fortalece la criminalidad organizada, la corrupción de particulares y funcionarios, distorsiona el sistema de precios en los sectores donde se inyectan esos capitales y posee el efecto criminógeno de retroalimentar la financiación de delitos precedentes? (Cfr. VARESE, «How mafias take advantage of globalization. The russian mafia in Italy», *BJC*, (52 - 2), 2012, p. 242 ss.; FERWEDA, «The effects of money laundering», en UNGER/LINDE (eds.), *Handbook on Money Laundering*, 2013, p. 36; BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 278). Además, una interpretación de este tipo también utilizada, de forma equivocada el concepto estricto de BdeC que se adopta en esta investigación: la regularización tributaria no afecta la vigencia normativa ni atorga la propiedad sobre bienes de origen ilícito (SÁNCHEZ HUETE, *Tributación, fraude y blanqueo de capitales: entre la prevención y la represión*, 2019, p. 29). En definitiva, el pago de impuestos sobre bienes de origen ilícito es una *modalidad más* de blanqueo, una forma de intentar enmascarar el origen y así desviar la investigación criminal al respecto.

<sup>404</sup> Las expresiones son de ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, 2000, p. 219.

<sup>405</sup> Es decir, conductas prohibidas y finalidades claras, previsibilidad de la aplicación de la norma y del enfoque de los órganos judiciales de investigación.

delito de BdeC, tanto para definir más claramente sus objetos de protección<sup>406</sup>, como para evitar la punición indirecta de los sujetos obligados por la realización de conductas que no son actos de BdeC sino más bien infracciones del deber de colaborar con el Estado.

En consonancia con una idea de este tipo, BERMEJO ha sostenido –a mi juicio, correctamente– que el tipo penal de BdeC, tal y como se encuentra redactado actualmente, excluye la posibilidad de incriminar los daños provocados al orden económico y tiene su mirada puesta, de forma exclusiva, en la criminalización de los actos que afectan las funciones de la Administración de Justicia: a saber, el apoyo a la persecución criminal y el decomiso de los bienes de origen ilícito<sup>407</sup>.

En este sentido, y de forma coherente, plantea que es necesaria “una doble vía de intervención” para afrontar adecuadamente la “bidimensionalidad” característica del BdeC, es decir, la existencia de dos tipos penales distintos, cuyos estándares probatorios deben también ser distintos. Se trata, por un lado, de un tipo penal orientado a desarticular la criminalidad organizada y a favorecer los intereses investigadores de la Administración de Justicia –concentrándose, para ello, en la persecución de conductas de ocultación del origen delictivo de los bienes, que el autor denomina *blanqueo/ocultación*–. Por otro lado, identifica un tipo penal enfocado en evitar los desequilibrios económicos provocados por las prácticas de blanqueo –protegiendo, entonces, la integridad del sistema financiero y la defensa de la competencia en una dinámica denominada por el autor *blanqueo/competencia desleal*<sup>408</sup>–.

La propuesta de este autor, dirigida a resaltar la necesidad de vincular los distintos núcleos de afectación de las conductas de blanqueo a estándares probatorios y métodos de análisis propios –definidos a través de tipos penales específicos–, es sumamente llamativa. En efecto, estoy de acuerdo con la

---

<sup>406</sup> Vid. ALTENHAIN, *Das Anschlussdelikt*, 2002, p. 422 ss.; DIONYSOPOULOU, *Der Tatbestand der Geldwäsche*, 1999, p. 174 ss. BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 349.

<sup>407</sup> Así, partiendo de un análisis de los costes y beneficios de la incriminación del BdeC, este autor propone diferenciar entre los eventos de aplicación del tipo con la finalidad de identificar y dismantlar la criminalidad organizada y aquella aplicación dirigida a evitar los efectos anticompetitivos que el uso de capital ilícito provoca en la economía. BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 348.

<sup>408</sup> Así, BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 350.



pertinencia de la discusión acerca de la implementación de un tipo especial destinado a proteger al orden económico de su potencial afectación por actos de blanqueo. Y, en este orden ideas, de todos los tipos penales necesarios para proteger los distintos núcleos de afectación que se identifiquen. Divisiones que incluyen categorías como aquella de blanqueo/ocultación que protege, concretamente, los intereses de la Administración de Justicia y que son *nuevamente divididas* en esta tesis, a partir de la utilización de los conceptos de blanqueo-organización y blanqueo-colaboración. En este punto, resulta de suma importancia recordar que la presente investigación no tiene la pretensión de evaluar los efectos económicos nocivos que pueden derivarse de las actividades de blanqueo. Para entender de forma detallada esta temática es adecuado remitirse, justamente, a los trabajos elaborados por BERMEJO. Habiendo queda claro lo anterior, el curso argumentativo que define esta investigación parte del análisis de lo que este autor ha identificado como blanqueo/ocultación, para avanzar, en un momento posterior, con la disección del tipo penal de blanqueo dirigido a la protección de la Administración de Justicia, por tratarse de un tipo cuya estructura incluye intereses político-criminales que no se encuentran explícitamente contemplados en la redacción actual.

## 2. *Relato de la praxis de la prevención*

La duda existente en torno al proceso de definición del bien jurídico se reproduce también en la *praxis*, espacio en el que la confusión acerca de las finalidades perseguidas por el sistema de lucha contra el BdeC genera actuaciones difícilmente conciliables: aquellas que se enmarcan en la lógica preventiva propia de las tareas de recolección de informaciones de inteligencia (permitiendo, incluso, el ingreso de determinados valores ilícitos para monitorear las transacciones), o aquellos comportamientos llevados a cabo desde una lógica de blindaje del sistema financiero frente a cualquier capital de origen ilícito.

En esta medida, a pesar de que de los textos legales no brinden una orientación suficiente sobre la finalidad perseguida al combatir el BdeC, la evolución de los sistemas nacionales e internacionales permite deducir que una protección efectiva del sistema financiero implica llevar a cabo una separación de las economías legal e ilegal, pues se reconoce que –aún cuando existan estudios críticos al respecto– las inversiones con capital ilícito afectan los entornos de realización de

negocios legítimos. Un buen ejemplo de esta situación viene dado por las distorsiones del mercado inmobiliario que aquejan a grandes capitales europeas<sup>409</sup>. Todo parece indicar que el objetivo subyacente a los mecanismos de protección del sistema financiero es, en realidad, evitar que los bancos y demás servicios financieros sirvan como puerta de entrada para capitales de origen ilícito<sup>410</sup>, pues la integración masiva de dicho capital en la economía tendría, como efecto último, el fortalecimiento de las redes criminales, ampliando consecuentemente su capacidad para permear múltiples sectores de la sociedad y de las instituciones públicas<sup>411</sup>. Para lograr esa finalidad, uno de los ejes principales de la estrategia contemporánea de lucha contra el delito de BdeC es la creación de bases de datos y de sistemas de inteligencia específicos para comprender mejor los flujos de capital ilícito<sup>412</sup>.

Concretamente, en el ámbito del Derecho penal, un sistema con estas características se refleja en el cambio radical de la finalidad político-criminal: se trata, ahora, de proteger el sistema financiero<sup>413</sup> y asegurar el decomiso de los beneficios económicos<sup>414</sup>, finalidades tan –o más– importantes que castigar a los autores del blanqueo y descubrir los delitos precedentes.

---

<sup>409</sup> Son abundantes, por ejemplo, las noticias sobre la forma en la que el mercado inmobiliario de Londres se ve afectado por la inyección de capital ilícito. (<https://www.theguardian.com/business/2019/may/20/uk-foreign-property-register-needed-urgently-money-laundering>) Acceso en 17.11.2020. Para un análisis comparado, cf. FERWERDA/UNGER, «Detecting money laundering in the real estate sector», en UNGER/LINDE (eds.), *Research handbook on money laundering*, 2013, p. 268 ss.

<sup>410</sup> Cfr. REUTER/TRUMAN, *Chasing dirty money: the fight against money laundering*, 2005, p. 7. De acuerdo con estos autores, “The anti-money laundering regime and its associated laws and regulations represent a means to multiple ends. Money laundering is not itself the target; the regime aims to reduce the activities that generate the money to be laundered (e.g., drug dealing, corruption, terrorism). Preserving the integrity of the core financial system is a different type of AML goal, as the aim is not so much to reduce money laundering as to move it to other channels”.

<sup>411</sup> Vid. AMICELLE, «Towards a “new” political anatomy of financial surveillance», *Security Dialogue*, (42 - 2), 2011, *passim*.

<sup>412</sup> Así, DELEANU, en UNGER/LINDE (eds.), *Research handbook on money laundering*, 2013, p. 471; HERZOG/CHRISTMANN, *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, (1), 2003, p. 9; NEUHEUSER, §261, *MK-StGB*, 2012, nm. 1; MAXWELL, «Expanding the Capability of Financial Information-Sharing Partnerships», *RUSI*, (Occasional), 2019, p. 5 ss.

<sup>413</sup> Cfr. REUTER/TRUMAN, *Chasing dirty money: the fight against money laundering*, 2005, p. 130;

<sup>414</sup> Vid. JEKOWITZ, en HERZOG/MÜLHAUSEN (eds.), *Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung*, 2006, p. 61; REUTER/TRUMAN, *Chasing dirty money: the fight against money laundering*, 2005, p. 129 ss.; FATF, *Mutual Evaluation Report – Spain*, 2014, pg. 58 ss. Disponible en: <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer4/Mutual-Evaluation-Report-Spain-2014.pdf>. Acceso en 17.11.2020; GARCÍA NORIEGA, *Blanqueo y antiBlanqueo de capitales: cómo se lava el dinero, cómo se combate el lavado*, 2010, p. 325. Este autor advierte que muchos más intereses económicos subyacen a la prohibición del BdeC: desde el interés recaudatorio de la Administración tributaria hasta la competencia

Ahora bien, la adopción de estas dos finalidades por parte del legislador puede derivar en el desarrollo de estrategias contradictorias<sup>415</sup>. En efecto, si los órganos de investigación interpretan el delito de blanqueo de capitales como “puerta procesal<sup>416</sup>”, diseñada para permitir identificar los delitos precedentes y las redes de criminalidad organizada, es posible que se omita perseguir la actuación de los blanqueadores profesionales. Es decir, se corre el riesgo de que las autoridades se enfoquen exclusivamente en las actividades de aquellos que intervienen en el proceso de blanqueo, sin tener ninguna conexión con el delito precedente. Por su parte, orientar la persecución del blanqueo de capitales a la investigación y castigo del delito precedente y sus autores termina omitiendo –o, por lo menos debilitando– el propósito de proteger la integridad del sistema financiero.

Como bien es sabido, el sistema legal español ofrece una comprensión sumamente amplia del fenómeno del BdeC, sin imponer límites mínimos de valores blanqueados y sin delimitar un umbral de delitos antecedentes (por ejemplo, sin limitarlos a aquellos delitos graves). En este contexto, el riesgo de que los órganos de investigación lo utilicen sencillamente como una herramienta procesal de acceso a los delitos precedentes es evidente. Esta afirmación cobra sentido si se tiene en cuenta que, gracias a las características mencionadas, el sistema permite iniciar una investigación de BdeC, exigiendo para ello estándares probatorios más bajos que aquellos aplicables a la investigación del delito

---

internacional de países y bancas por dictar las reglas del juego mínimas en el marco por la disputa por administrar los capitales que puedan tener origen ilícito.

<sup>415</sup> En este sentido, es conveniente mencionar un problema común de la praxis de prevención del BdeC: la L.O. 10/2010 obliga a los sujetos obligados a interrumpir la operación con la transacción sospechosa. Evidentemente, no hace falta que la ley lo diga, pues se trata de una consecuencia lógica que la doctrina penal extrae de los principios generales del *neminem laedere*: está prohibido cometer delitos o facilitar el delito de terceros. Como acertadamente subraya SILVA SÁNCHEZ, los notarios, por ejemplo, estarían sometidos a una doble clase de deberes cuándo sospechen de la ilicitud del capital: no realizar el registro e informar a las autoridades. En otras palabras: no es suficiente con informar al Sepblac (y seguir adelante con la transacción), sino que es necesario interrumpirla inmediatamente. Obviamente, esta regla solo es válida para los casos en los cuales existe un conocimiento o sospecha del origen ilícito del bien utilizado en la transacción. Sin embargo, algunos problemas prácticos dificultan el cumplimiento de esta obligación. En efecto, los sujetos obligados no pueden identificar anticipadamente, en todos los casos los elementos que llevarían a sospechar acerca del origen de los capitales. En especial, en la realización de transferencias bancarias de bajo valor suelen ser utilizadas técnicas que, solo con posterioridad, son identificadas como tipologías de blanqueo. Tal es el caso de la práctica del *smurfing* –“pitufeo”–, consistente en llevar a cabo múltiples transferencias bancarias de bajo valor, adscritas a cuentas distintas, probablemente domiciliadas, a su vez, en diversas instituciones financieras. Los montos introducidos individualmente en el sistema serán redireccionados –también en pequeñas cantidades– al destinatario final para no levantar sospecha frente a las autoridades policiales. Vid. PARKMAN, *Mastering anti-money laundering and counter-terrorist financing*, 2012, p. 7.

<sup>416</sup> Cfr. ASCHKE, *Der Straftatbestand der Geldwäsche im Lichte zivilrechtlicher Erwerbsprinzipien*, 2012, p. 143.

precedente. La consecuencia probable de una práctica de este tipo por parte de los órganos judiciales es que el sistema de prevención de blanqueo termine transformándose en una herramienta de refuerzo de la persecución de crímenes de menor relevancia<sup>417</sup>, perdiendo, en consecuencia la “visión macro” que le permitiría perseguir grandes fuentes (organizadas) de dinero ilícito.

Este complejo entramado de finalidades afecta también la forma en la que se interpreta la función de remisión de comunicaciones de los sujetos obligados y el uso que la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) hace de ellas. Como parte central del sistema de prevención del BdeC, la comunicación de operaciones sospechosas puede estar orientada a *ayudar a las autoridades* a descubrir el origen del capital o a *generar informaciones de inteligencia*. Es decir, recopilar informaciones suficientes, que permitan conectar la secuencia de transferencias de dicho capital y faciliten el entendimiento, por parte de la UIF, de los flujos de capital ilícito, tal y como ocurre actualmente en el modelo estadounidense<sup>418</sup>.

Pero, como acaba de verse, esta imprecisión no se desprende exclusivamente de un análisis teórico del delito. Una mirada a la praxis de la investigación criminal tampoco deja claro cuáles son las funciones reales asignadas a los sujetos obligados: si estos deben blindar al sistema financiero, suspendiendo de forma inmediata cualquier tipo de relación de negocios que se encuentren desarrollando con sus clientes, o si deben comunicar operaciones sospechosas sin excluir el dinero ilícito del sistema financiero y mantener bajo control ciertos riesgos, para permitir el seguimiento continuo de la Unidad de Inteligencia Financiera sobre potenciales flujos de capital ilícito.

Esta realidad obliga, a mi juicio, a repensar de manera integral las opciones legislativas, de tal forma que se incorporen al contenido del tipo penal aquellos actos que se desarrollan en las diferentes etapas de afectación del proceso de blanqueo<sup>419</sup>.

---

<sup>417</sup> Vid. ZOPPEL, «Money Laundering: A New Perspective in Assessing the Effectiveness of the AML Regime», *The European Review of Organised Crime*, (1 - 2), 2015, p. 142.

<sup>418</sup> Así, CUELLAR, *Journal of Crim Law and Criminology*, (93 - 3), 2003, p. 369.

<sup>419</sup> Es alarmante que, de hecho, la 6ª Directiva antiblanqueo (cuya finalidad es homogeneizar la definición penal del blanqueo a nivel europeo) haya repetido la misma fórmula, tras tantos años de acelerados cambios en materia de prevención y de evolución y depuración de las finalidades perseguidas por el sistema de prevención. (Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32018L1673&from=EN>. Acceso en 17.11.2020).

En efecto, una investigación reciente de Derecho comparado identifica el cambio sustancial que ha sufrido el sistema de BdeC a nivel europeo, caracterizado por la relevancia adquirida y el nivel de responsabilidad otorgado a los sujetos obligados, tanto en los principales sistemas jurídicos europeos (España, Alemania, Suiza, Italia), como por las resoluciones y directivas de importantes órganos de representación internacional como el GAFI o el Consejo de Europa<sup>420</sup>. Objeto de atención de estudios actuales deben ser, respondiendo a esta tendencia, temas como los posibles conflictos que pueden originarse entre los deberes de protección de datos de los clientes y las obligaciones de recolección y administración de bases de datos. O el análisis crítico de los extensos poderes conferidos a las Unidades de Inteligencia Financiera para demandar una mayor colaboración de los sujetos obligados. Y, aún, la evaluación del enfoque centrado en la defensa de un sistema de prevención basado en la estabilidad del sistema financiero.

La práctica y los proyectos de control del BdeC elaborados en el seno de las altas instituciones europeas parece apoyar el camino de la cooperación con los sujetos obligados –privilegiando, especialmente, el intercambio de información–, buscando dar forma a un sistema de prevención que se asemeje, cada vez en mayor medida, a un mecanismo de inteligencia destinado a controlar la actuación de las organizaciones criminales más relevantes. Por esta razón, la actualidad de la lucha contra el BdeC, se caracteriza por la implementación de estrategias oficiales de cooperación público-privada para la prevención de este delito, un fenómeno que desarrollaré en un capítulo posterior<sup>421</sup>.

---

<sup>420</sup> En las entrevistas conducidas en el marco del estudio del Instituto Max-Planck, es posible identificar voces que reconocen el alto grado de importancia que tiene la colaboración del sistema financiero en la dinámica actual de prevención del blanqueo actualmente, importancia que, seguramente, será aumentando en el futuro. El estudio comparó el sistema de prevención de los países mencionados y, no obstante las diferencias de los sistemas jurídicos nacionales, todos indican una evolución parecida en lo que se refiere a la posición cada vez más ampliada de los sujetos obligados en la prevención del delito. Cfr. Vv.AA. *National and international anti-money laundering law*, MAILLART/VOGEL, B. (eds.), 2020.

<sup>421</sup> Vid. *infra* Parte II, Cap. 3: “Cooperación público-privada”.

## IV. BLANQUEADOR COLABORADOR

### 1. *Distintos núcleos del injusto de blanqueo*

Centrando ahora la atención en los efectos del delito de BdC y, sin desechar los elementos discutidos hasta ahora, la incriminación de las múltiples conductas contenidas en el tipo tiene, por lo menos, cuatro finalidades distintas: servir como mecanismo procesal para acceder a las evidencias del delito precedente –y, así, facilitar el trabajo de la Administración de Justicia–, permitir el decomiso de los bienes de origen ilícito, evitar el distorsiones de la libres competencia como consecuencia de la inyección de capital ilícito en la economía y disminuir los efectos criminógenos de los delitos precedentes, especialmente cuando estos son cometidos en el contexto de la criminalidad organizada.

En efecto, son tantos y tan variados los comportamientos punibles y las finalidades perseguidas por el tipo penal que, como se ha visto, cierto grupo de autores defiende la división del tipo penal en distintos núcleos de injusto –esto, siempre y cuando se garantice el respeto del principio de legalidad–. Recapitulando, una de las propuestas más interesantes en este sentido es planteada por BERMEJO, autor que sugiere la distinción entre conductas de *blanqueo/ocultación* (cuando la finalidad que se busca es el refuerzo de normas de protección de la Administración de Justicia) y conductas de *blanqueo/competencia desleal* (cuando busca evitarse que la utilización de dinero ilícito produzca una ventaja competitiva suficiente para afectar a los competidores del mercado<sup>422</sup>).

Al asumir una perspectiva de este tipo, BERMEJO entiende que, mientras quien blanquea capitales con dolo directo reduce la probabilidad de decomiso de los valores ilícitos y las probabilidades de descubrir el delito antecedente, los sujetos obligados que infringen sus deberes de protección, “*no cumplen con su función de evitación*”, consistente en mantener las cifras de decomisos y condenas en los niveles deseados<sup>423</sup>.

---

<sup>422</sup> Cfr. BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 349 ss.

<sup>423</sup> Así, BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 347, sin cursivas en el original.

Es precisamente esta conclusión la que amerita un comentario detallado. Si la propuesta de BERMEJO es correcta, esto querría decir que la norma de conducta dirigida al sujeto obligado no está compuesta solamente por la prohibición de blanquear capitales, sino más bien por el deber de evitar que otros lo hagan. Y sin que los sujetos obligados tengan la oportunidad de elegir si desean o no asumir este deber de evitación, requisito básico del deber de garante para fundamentar la comisión por omisión.

Dejando de lado los efectos económicos de las prácticas de blanqueo, y aún adoptando el razonamiento de BERMEJO, es evidente que tanto aquellos que dolosamente blanquean capitales como aquellos que “no cumplen con su función de evitadores” afectan el interés de protección de la Administración de Justicia. No obstante, en mi opinión, el hecho de que dos conductas distintas afecten el mismo interés material no significa que el fundamento de sus respectivos injustos sea el mismo. Así, a continuación buscaré explicar por qué el tipo de BdeC –y, particularmente las conductas de ocultación– incluyen en realidad un deber diferenciado de los sujetos obligados y cómo esta situación ya ha sido identificada frente al tipo de blanqueo, en especial, por parte de la doctrina alemana.

## 2. El tipo de aislamiento

Si se analizan de forma un poco más detallada las construcciones legislativas de nuestro entorno jurídico será posible tener una mejor comprensión del enfoque adoptado por las políticas antiblanqueo al momento de castigar a los sujetos obligados. La división del tipo de blanqueo español se reproduce también en el correspondiente tipo penal alemán de (§ 261 StGB<sup>424</sup>). Según sus comentaristas, el § 261 StGB posee tres núcleos principales de injusto<sup>425</sup>: (i) los actos de

---

<sup>424</sup> § 261. “Lavado de dinero; ocultamiento de bienes mal habidos (1) Quien oculte una cosa, encubra su origen, o impida o ponga en peligro la investigación del origen, del descubrimiento, del comiso, la confiscación, o el aseguramiento de un tal objeto, que provenga de un hecho antijurídico mencionado en la frase 2, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa. (...) (2) De la misma manera será castigado quien en relación con un objeto señalado en el inciso 1: 1. lo consiga para sí o para un tercero, o 2. lo guarde o utilice para sí o un tercero, cuando haya conocido la procedencia del objeto en el momento en el cual lo haya obtenido”. Pasajes extraídos de la traducción del Código Penal Alemán realizada por Claudia López Díaz para la Universidad Externado de Colombia.

<sup>425</sup> ALTENHAIN, «§261», *NK-StGB. Band III*, 2005, nm. 16; JAHN/EBNER, *JuS*, (7), 2009, p. 600.

ocultación y disimulación del origen ilícito [*Verschleierungstatbestand*<sup>426</sup>]; (ii) los actos que dificultan o frustran la prueba del origen ilícito del capital, su decomiso o localización [*Vereitelungstatbestand*<sup>427</sup>], y (iii) los actos de poseer, utilizar o adquirir para sí, o para terceros, un bien cuyo origen ilícito se conocía al momento de realizarse la transferencia [*Isolierungstatbestand*<sup>428</sup>].

Ya desde un comienzo, el tipo alemán se ocupa de la definición de las conductas de disimulación y ocultación del origen ilícito. Distinción fundamental, por ejemplo, en las situaciones de mezcla de capital lícito e ilícito o de la creación de empresas pantalla o de cuentas bancarias a nombre de testaferros<sup>429</sup>. Según la opinión mayoritaria, dichas conductas –ocultar y disimular (§ 261 StGB, primera parte)– componen, en realidad, un único tipo penal, consistente en la puesta en marcha de actos que conlleven el impedimento efectivo (tipo de resultado<sup>430</sup>) de la identificación del origen ilícito por parte de los órganos de investigación policial. En otras palabras, el tipo protege la facultad de investigación y prueba del origen ilícito del capital<sup>431</sup> en el marco de presuntas “transacciones financieras manipuladoras”<sup>432</sup>.

Por su parte, la segunda parte del tipo penal (§ 261 StGB, segunda parte, *Vereitelungstatbestand*) está orientada a castigar las conductas que impidan o dificulten (generando un peligro concreto<sup>433</sup>) el decomiso de bienes por la Administración de Justicia<sup>434</sup>. El principal ejemplo de estas conductas es la transferencia del capital a cuentas en el extranjero o la inversión en bienes o

---

<sup>426</sup> § 261 (1) parte 1: “Wer einen Gegenstand, der aus einer in Satz 2 genannten rechtswidrigen Tat herrührt, verbirgt, dessen Herkunft verschleiert”.

<sup>427</sup> § 261 (1) parte 2: “oder die Ermittlung der Herkunft, das Auffinden, den Verfall, die Einziehung oder die Sicherstellung eines solchen Gegenstandes vereitelt oder gefährdet”.

<sup>428</sup> § 261 (2) “Ebenso wird bestraft, wer einen in Absatz 1 bezeichneten Gegenstand 1. sich oder einem Dritten verschafft oder 2. verwahrt oder für sich oder einen Dritten verwendet, wenn er die Herkunft des Gegenstandes zu dem Zeitpunkt gekannt hat, zu dem er ihn erlangt hat”.

<sup>429</sup> NEUHEUSER, «§261», *MK-StGB*, 2012, nm. 64; ABEL SOUTO, «Blanqueo, innovaciones tecnológicas, amnistía fiscal de 2012 y reforma penal», *RECPC*, (14 - 14), 2012, p. 18; STREE/HECKER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29ª ed., 2014, nm. 14.

<sup>430</sup> Vid. SCHMIDT/KRAUSE, en WILHELM/VOGEL, Joachim (eds.), *LK-StGB*, 2010, nm. 15.

<sup>431</sup> Vid. ALTENHAIN, «§261», *NK-StGB. Band III*, 2005, nm. 8. Este autor sintetiza adecuadamente la finalidad de este tipo penal: “Geschützt wird damit die staatliche Ermittlungstätigkeit selbst und zwar eine bestimmte Ermittlungsmethode, genauer: diezu ihrer Anwendung notwendige Spur”.

<sup>432</sup> Así, BARTON, *StV*, (3), 1993, p. 157.

<sup>433</sup> Cfr. NEUHEUSER, *MK-StGB*, 2012, nm. 66.

<sup>434</sup> Así, ALTENHAIN, «§261», *NK-StGB. Band III*, 2005, nm. 9. El objetivo, según este autor, es garantizar el decomiso (“die strafrechtliche Gewinnabschöpfung schützen”).



empresas que también se encuentran fuera de la jurisdicción nacional<sup>435</sup>. En este sentido, el injusto del tipo de blanqueo se encuentra estrechamente vinculado con las reglas procesales de decomiso y bloqueo/congelamiento de bienes, teniendo como objetivo principal evitar que las operaciones de blanqueo frustren la posibilidad de la Administración de Justicia de incautar las ventajas económicas producidas por el delito antecedente<sup>436</sup>.

Finalmente, el apartado segundo del § 261 StGB regula las conductas de adquirir, poseer y utilizar bienes cuyo origen ilícito se conoce al momento de ser realizadas. Según los informes parlamentarios, el objetivo del legislador con su incriminación consiste en *aislar al blanqueador de capitales*, de tal modo que la circulación de sus bienes ilícitos se vuelva prácticamente imposible<sup>437</sup>. Atendiendo a esta justificación, este apartado ha sido denominado como “tipo de aislamiento” (*Isolierungstatbestand*). Por su parte, la doctrina sostiene que se trata, en realidad, de un tipo de recogida (*Auffangstatbestand*<sup>438</sup>), es decir, de un tipo subsidiario o residual, cuya finalidad es abarcar todas las conductas remanentes, que no hayan quedado incluidas en el primer apartado.

Atendiendo a la redacción y estructura del tipo de BdeC, HEINRICH divide los verbos contenidos en este, en verbos de blanqueo propio (*echte Geldwäsche*)<sup>439</sup> y verbos de blanqueo impropio (*unechte Geldwäsche*)<sup>440</sup>. Este autor afirma que solo el primer grupo de los denominados verbos de blanqueo constituye, efectivamente, el BdeC: son conductas inequívocas de blanqueo. En consecuencia, el tipo de aislamiento –que incorpora los actos de encubrimiento o facilitación del blanqueo y, en general, todas las conductas que pueden esperarse de los sujetos obligados– debe ser interpretado como parte de la descripción de

---

<sup>435</sup> Cfr. NEUHEUSER, «§261», *MK-StGB*, 2012, nm. 66; STREE/HECKER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29ª ed., 2014, nm. 15.

<sup>436</sup> Vid. GÜNTHER, «Konsequenzen der tat: die Einziehung von Beziehungsgegenständen und die möglichen prozessualen Ermittlungsmassnahmen bei Verdacht auf Geldwäsche», en SCHRÖDER/BERGMANN (eds.), *Geldwäsche. Materiellrechtliche und prozessuale Überlegungen*, 2019, p. 194 ss.; NESTLER, «Der Straftatbestand der Geldwäsche», en HERZOG/MÜLHAUSEN (eds.), *Geldwäschekämpfung und Gewinnabschöpfung*, 2006, nm. 37.

<sup>437</sup> En este sentido, SCHMIDT/KRAUSE, «§261», *LK-StGB*, 2010, nm. 20: “(...) will das Gesetz den Vortäter gegenüber der Umwelt isolieren und den inkriminierten Gegenstand praktisch verkehrsunfähig machen”. En el mismo sentido: ALTENHAIN, «§261», *NK-StGB. Band III*, 2005, nm. 9.

<sup>438</sup> JAHN/EBNER, *JuS*, (7), 2009, p. 600; SCHMIDT/KRAUSE, «§261», *LK-StGB*, 2010, nm. 20; ASCHKE, *Der Straftatbestand der Geldwäsche im Lichte zivilrechtlicher Erwerbsprinzipien*, 2012, p. 138.

<sup>439</sup> HEINRICH, en ARZT *et al.* (eds.), *Strafrecht. BT*, 3ª ed., 2015, nm. 2.

<sup>440</sup> HEINRICH, en ARZT *et al.* (eds.), *Strafrecht. BT*, 3ª ed., 2015, nm. 8.

conductas accesorias, es decir, como un tipo que define conductas *impropias* de blanqueo<sup>441</sup>.

Llegados a este punto, y tomando como punto de partida los postulados de la doctrina alemana –cuándo se refiere, por ejemplo, a la distinción existente entre blanqueo propio e impropio– es preciso confirmar, en el contexto de la incriminación del blanqueo de capitales, la posibilidad de identificar un injusto autónomo referido a los sujetos obligados. Este delito no sólo castiga directamente a los sujetos que organizan las operaciones de blanqueo, sino que el tipo penal (tanto del art. 301 CP cómo del § 261 StGB que venimos comentando) también abarca los deberes de cooperación con la prevención del delito asignados a los sujetos obligados<sup>442</sup>.

Antes de proseguir con este análisis, debe recordarse que el tipo penal de BdeC alemán proviene de un contexto histórico bastante distinto al español. Mientras que el art. 301CP se introdujo en el Código penal como una modalidad de receptación, enfocándose desde sus inicios en regular los flujos de capital<sup>443</sup> (algunos autores sostienen, incluso, que fue incorporado para evitar la afectación de la recaudación tributaria<sup>444</sup>), Alemania incorporó el tipo de blanqueo a través de una ley especial de lucha contra la criminalidad organizada<sup>445</sup>. No debe entonces sorprender que, tanto el desarrollo de la praxis judicial, como los estudios de interpretación doctrinal alemanes, conciban el delito de BdeC como una herramienta de desarticulación de la macro-criminalidad<sup>446</sup>.

Partiendo de este enfoque de división entre blanqueo propio e impropio, el tipo de aislamiento representa, en realidad, la incriminación de fases anteriores y

---

<sup>441</sup> HEINRICH, en ARZT *et al.* (eds.), *Strafrecht. BT*, 3ª ed., 2015, nm. 8.

<sup>442</sup> En términos parecidos, sostienen NADDEO y CIAGLIA que las personas que administran patrimonios ajenos tienen cierto “deber de lealtad frente al Derecho”; un de conducir su actividad profesional de forma ética y dentro de la legalidad, impidiendo manipulaciones que dificulten la fiscalización de los mercados. (Vid. NADDEO/CIAGLIA, «Mercado financiero, lealtad normativa y lavado de ingresos ilícitos», *Revista de Derecho penal*, (2), 2001, p. 220).

<sup>443</sup> BERDUGO/FABIAN CAPARRÓS, en NÚÑEZ PAZ *et al.* (eds.), *Un derecho penal comprometido: libro homenaje al Prof. Gerardo Landrove Díaz*, 2011, p. 120.

<sup>444</sup> Sostiene GARCÍA NORIEGA, con evidencias sólidas, que la aplicación del tipo de BdeC en España siempre se ha enfocado en la defraudación tributaria como delito precedente, incluso antes que la reforma contenida en la L.O. 10/2010 lo mencionara explícitamente. (*Blanqueo y antiblanqueo de capitales: cómo se lava el dinero, cómo se combate el lavado*, 2010, p. 320).

<sup>445</sup> Cfr. RUHMANNSEDER, «§ 261», *BeckOK - StGB*, 29ª ed., 2015, nm. 4

<sup>446</sup> Cfr. ALTENHAIN, «§261», *NK-StGB. Band III*, 2005, nm. 2; NEUHEUSER, «§261», *MK-StGB*, 2012, nm. 3.

posteriores a la comisión del blanqueo propio con el objetivo de dificultar la realización de conductas por parte de aquellos que organicen el proceso de blanqueo. Por ejemplo, la aceptación por parte de una institución bancaria de un capital consignado a título de pago de honorarios, cuando la entidad conoce el origen ilícito del capital<sup>447</sup>.

Desde un punto de vista dogmático, el tipo de aislamiento describe actos preparatorios punibles de blanqueo (delito de peligro abstracto<sup>448</sup>), pues anticipa el castigo, trasladándolo a una fase inicial en la cual el blanqueador todavía no ha comenzado los trámites de disimulación del capital. Asimismo, incrimina conductas de *auxilium post factum*<sup>449</sup> próximas a la receptación (administración de bienes, préstamo de cuenta bancaria para guardar el capital). En ese sentido, HEINRICH critica el tipo de aislamiento por considerar que castiga un gran número de actividades cotidianas<sup>450</sup>, basándose para ello en el fundamento consistente en reconocer la posibilidad futura (que todavía no ha sido comprobada estadísticamente) de que la criminalidad organizada pueda utilizarlas para la comisión de delitos<sup>451</sup>.

Como puede constatarse nuevamente, los verbos rectores utilizados por el legislador al estructurar las conductas de aislamiento resultan problemáticos. De hecho, tal y como lo sostiene gran parte de la doctrina crítica frente al BdeC, los actos de posesión, adquisición y uso, ni siquiera deberían ser castigados como blanqueo.

En efecto, gran parte de los problemas discutidos en torno a la estructura del tipo de aislamiento en Alemania tienen que ver con la aceptación de honorarios por parte de abogados que tienen conocimiento de las actividades ilícitas de sus clientes. Sin embargo, desde mi punto de vista, dicha discusión no toma en consideración un elemento esencial del injusto: no se trata solamente de intentar excusar a los abogados de la comisión de una conducta de blanqueo por medio de una ponderación de intereses o argumentando la falta de los elementos necesarios para imputarles objetivamente el delito. Lo realmente necesario es dejar claro que dichas conductas de aislamiento **no son**, en realidad, conductas de blanqueo

---

<sup>447</sup> Vid. NEUHEUSER, «§261», *MK-StGB*, 2012, nm. 68.

<sup>448</sup> Vid. HEINRICH, en ARZT *et al.* (eds.), *Strafrecht. BT*, 3ª ed., 2015, nm. 24.

<sup>449</sup> Vid. ALTENHAIN, «§261», *NK-StGB. Band III*, 2005, nm. 114.

<sup>450</sup> Vid. HEINRICH, en ARZT *et al.* (eds.), *Strafrecht. BT*, 3ª ed., 2015, nm. 39.

<sup>451</sup> Vid. KNORZ, *Der Unrechtsgehalt des § 261 StGB*, 1996 p. 165; BOTTKE, *Wistra*, (4), 1995, p. 126.

propias, sino infracciones del deber de servir de contención al blanqueo de terceros y de facilitar la labor investigadora de la Unidad de Inteligencia Financiera.

Me explico: el BdeC ha sido descrito como un proceso de *disimulación* del origen del capital que cuenta, a menudo, con un elemento de fraude. Si ello es así, es necesario reconocer que el deber de actuar como barrera de contención de este delito (esto es, servir como *whistleblowers*, informarse sobre la historia financiera de los clientes, recibir y poseer valores, adoptar mayores cuidados en las actividades de negocio cotidianas, anticipando el riesgo de que terceros las utilicen como rutas para la reinsertión de capitales ilícitos<sup>452</sup>) no contiene el injusto específico de blanquear capitales. De hecho, sólo en los casos en los que los sujetos obligados compartan con el autor del BdeC el injusto de la disimulación, es decir, cuando sean un componente doloso, indispensable para garantizar el éxito de la cadena de fraudes y disimulaciones del capital ilícito, podrán ser castigados por la comisión del delito de blanqueo<sup>453</sup>. En todo caso, en esta hipótesis, el sujeto obligado infringe también el injusto nuclear del blanqueo (proceso de disimulación) y, de forma concomitante y subsidiaria, también el injusto del tipo de aislamiento.

En este caso concreto tiene sentido identificar un injusto distinto en las infracciones cometidas por los sujetos obligados que, hasta la fecha, han sido castigadas como BdeC (blanqueo propio, o blanqueo-organización, como se verá). Por esta razón, e independientemente de los verbos del tipo que la doctrina alemana identifique para completar el tipo de aislamiento, quisiera subrayar la lógica subyacente al mismo: el injusto de los sujetos obligados –y de todos los posibles colaboradores– parece fundamentarse en un deber de reforzamiento de las medidas de contención del blanqueo. En otras palabras, se desprende del deber de colaborar con el Estado en el levantamiento de barreras contra la inserción de capitales ilícitos en la economía, con el propósito de dificultar la utilización de actividades cotidianas con fines delictivos.

En otras palabras, cuando la doctrina hace referencia a la existencia de un tipo de aislamiento, lo que en realidad está reconociendo es un deber de prevención especial de los sujetos obligados, quienes deben dificultar que el capital ilícito

---

<sup>452</sup> Así, BARTON, *StV*, (3), 1993, p. 163.

<sup>453</sup> Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *InDret*, (1), 2008.

ingrese al flujo lícito de valores. Es decir, este tipo incrimina las fases de preparación del delito y de encubrimiento, dirigidas a ayudar a los autores o partícipes del blanqueo a eludir las consecuencias legales de sus actos<sup>454</sup>.

A continuación, me ocuparé de desglosar dos núcleos de conductas que actualmente se encuentran prohibidas por el tipo penal de BdeC. El objetivo de ellas es identificar, dentro del tipo, aquellas conductas de disimulación que configuran la esencia de este delito (que hasta aquí se ha llamado blanqueo propio), y aquellas conductas accesorias al blanqueo propio que consisten, en realidad, en deberes de colaboración por parte de los sujetos obligados.

### 3. *Blanqueador organizador y blanqueador colaborador*

Como se ha indicado, el § 261 StGB alemán se encuentra redactado de modo más objetivo que el art. 301 CP, lo que facilita su aplicación práctica. De entrada, el sistema de tripartición del tipo alemán permite identificar finalidades distintas del delito, aunque se encuentren contenidas en el mismo marco penal<sup>455</sup>. Por consiguiente, y más allá de las críticas de *lege lata*<sup>456</sup> que puedan formularse al

---

<sup>454</sup> Vid. BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2012, p. 804.

<sup>455</sup> Cfr. KNORZ, *Der Unrechtsgehalt des § 261 StGB*, 1996, p. 125; ALTENHAIN, *Das Anschlussdelikt*, 2002, p. 397. Este último autor señala que el tipo penal de blanqueo de capitales no se justifica solamente por el interés de la administración pública en el decomiso de bienes, como suele subrayar la doctrina alemana, pues el decomiso implica, simultáneamente, alguna forma de reparación a la víctima. Evidentemente, este es un interés cuya protección no se ha incluido al momento de definir el castigo del BdeC. Por ello, dice, es imprescindible identificar un propósito adicional en la incriminación del blanqueo que, a su juicio, es la identificación del camino que ha recorrido el dinero de origen ilícito con la ayuda de los sujetos obligados. En este sentido: GÜNTHER, en SCHRÖDER/BERGMANN (eds.), *Geldwäsche. Materiellrechtliche und prozessuale Überlegungen*, 2019, p. 207.

<sup>456</sup> El tipo penal es objeto de críticas generales que consideran a la incriminación del blanqueo de capitales como un tipo penal de bien jurídico difuso, desproporcionado y que representa una expansión desmedida del Derecho penal. Estas críticas provienen, en gran medida, de ordenamientos jurídicos pertenecientes a nuestro entorno, Cfr. KÜHL/LACKNER, «§261», *StGB Kommentar*, 27ª ed., 2011, nm. 5; LAMPE, «Der neue Tatbestand der Geldwäsche», *JZ*, (3), 1994, p. 125; BOTKE, *Wistra*, (4), 1995, p. 124; VOß, *Die Tatobjekte der Geldwäsche*, 2007, p. 15. Además de estas ponderaciones, la doctrina alemana critica, en particular, los términos elegidos por el legislador. Se critica, por ejemplo, el uso de la palabra “*herrühren*” (proceder) para referirse al origen del capital ilícito, por tratarse de una expresión arcaica; o el uso de la expresión “*verbergen*” (ocultar, esconder), por la falta de precisión suficiente para cumplir con el mandato de determinación de la norma. NEUHEUSER, § 261, *MK-StGB*, 2012, nm. 45; SCHMIDT/KRAUSE, «§261», *LK-StGB*, 2010, nm. 12. En este mismo sentido, DEGEN subraya que la extensión del tipo penal es discutible desde el punto de vista del principio de legalidad y de determinación de las normas penales y que afecta la capacidad de prevención general, pues el ciudadano no es capaz de diferenciar cuál conducta está, precisamente, prohibida y continúa diciendo “Aufgrund der weiten Formulierung ist eine Eingrenzung freilich nur bedingt möglich” (DEGEN, *Gesetzliche Mitwirkungspflichten der Kreditwirtschaft bei der Geldwäsche- und Terrorismusbekämpfung*, 2009, p. 111).

respecto, dicha tripartición, junto con la claridad con la cual se define el injusto del tipo de aislamiento, ofrecen un modelo exegético adecuado para analizar la estructura de castigo de los sujetos obligados.

Así, el primer grupo de conductas prohibidas está conformado por los verbos del tipo destinados a castigar las conductas realizadas por los autores de los delitos precedentes o por aquellos sujetos especializados en desarrollar estrategias de blanqueo y dificultar la investigación o el decomiso. En mi opinión, estas conductas pueden sintetizarse a través de la denominación *organización con sentido exclusivo de blanqueo*, llevada a cabo por *blanqueadores-organizadores*.

Estos últimos sujetos son, sin duda, los “*criminal entrepreneurs*”<sup>457</sup>. A este grupo pertenecen, desde mi punto de vista, los agentes que tienen pleno conocimiento del camino recorrido por el dinero hasta que se efectúa el reingreso a su patrimonio (todo esto, con la intención de sacar provecho del delito precedente sin llamar la atención de los órganos de investigación). También deben incluirse en este grupo los sujetos dedicados exclusivamente a diseñar estrategias de blanqueo. Personas que conocen todos los pasos del proceso, desde el origen del capital y su ingreso en el sistema financiero hasta su salida de dicho sistema, ya “blanqueado” luego de la puesta en marcha del esquema de disimulaciones y transferencias que han diseñado. El elemento de fraude, según veo, es esencial para poder asignar la calificación de “blanqueadores-organizadores”. Estos sujetos –fundamentales para el éxito de las estructuras de blanqueo– conocen el origen ilícito del capital y promueven estrategias de falsificación de documentos, fraudes de ley (con abusos de mecanismos de Derecho mercantil e internacional), declaraciones alejadas de la realidad y, en general, todas las variantes posibles que puedan ayudar a disimular la conexión existente entre el dinero ilícito y los bienes con apariencia de licitud, una vez completada la cadena de operaciones fraudulentas.

Por otra parte, el tipo considera relevantes aquellas conductas dirigidas a evitar que terceros favorezcan, de alguna manera, las operaciones de blanqueo<sup>458</sup>. Este planteamiento permite, en mi opinión, identificar *un núcleo adicional de injusto*,

---

<sup>457</sup> Cfr. REUTER, *Illicit Financial Flows and Governance: The Importance of Disaggregation. Background paper for World Development Report 2017*, 2017, p. 7; DUYNE, Petrus C. van, «Organized crime, corruption and power», *Crime Law Soc Change*, (26 - 3), 1997, p. 201.

<sup>458</sup> LÖWE-KRAHL, «§261», en ACHENBACH/RANSIEK (eds.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 3ª ed., 2012, nm. 12.

caracterizado por aquellas *actuaciones de colaboración* con los esquemas de blanqueo. Teniendo en cuenta este nuevo elemento, parece plausible sostener que el tipo de aislamiento contiene, en realidad, dos finalidades interconectadas. Así, además de la previsión de conductas de participación en el blanqueo<sup>459</sup>, el tipo considera una *ratio* independiente de la organización del blanqueo, más acorde con la tarea de involucrar a los particulares en la tarea de contención de dicho delito<sup>460</sup>.

Entendido de esta forma, el mensaje normativo que se trasmite cobija tanto a los blanqueadores de capitales (*blanqueadores-organizadores*), como también a los sujetos obligados. Estos últimos están encargados de realizar esfuerzos de conocimiento especial, encaminados a lograr la separación de los sujetos blanqueadores de los rendimientos obtenidos a través de sus actividades delictivas, protegiendo de esta forma al sistema financiero de valores contaminados y ayudando al Estado a descubrir los flujos de capital ilícito (recibiendo el nombre de *blanqueadores-colaboradores*). Estos sujetos realizan lo que HEINRICH ha denominado “blanqueo impropio”<sup>461</sup>. El conocimiento especial, en los términos específicos de la lucha contra el BdeC, se materializa en el deber de emprender acciones para reconocer clientes potencialmente delincuentes, así como los rasgos de ilicitud de los bienes y/o capitales involucrados en las transacciones que pretendan realizarse<sup>462</sup>. En otras palabras, el contenido del injusto consistente en “aislar” al blanqueador de capitales puede ser entendido como un deber de colaborar con el Estado en el desarrollo de sus tareas de prevención<sup>463</sup>.

En definitiva, las conductas de la organización del blanqueo –llevadas a cabo por blanqueadores-organizadores– y la no colaboración con el Estado –exclusivas de los blanqueadores-colaboradores– están definidas por expectativas normativas

---

<sup>459</sup> Tal y como lo hace el tipo penal español al castigar las conductas de favorecimiento al autor –para ayudarlo a eludir las consecuencias legales de sus actos– ignorando las reglas de proporcionalidad y castigando con las mismas penas a autores y partícipes.

<sup>460</sup> Cfr. DIONYSOPOULOU, *Der Tatbestand der Geldwäsche*, 1999, p. 60.

<sup>461</sup> Vid. HEINRICH, «§261», en ARZT *et al.* (eds.), *Strafrecht. BT*, 3ª ed., 2015, nm. 23. En el mismo sentido, SUENDORF, *Geldwäsche. Eine kriminologische Untersuchung*, 2001, p. 376.

<sup>462</sup> Así, LÖWE-KRAHL, «§261», en ACHENBACH/RANSIEK (eds.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 3ª ed., 2012, nm. 47.

<sup>463</sup> En este sentido: NEUREUTHER, «Geldwäsche im Unternehmen: Aufsichtsrechtliche Pflichten nach dem GwG, Rolle und Arbeit der Aufsichtsbehörden und aufsichtsrechtliche Sanktionen», en BERGMANN (eds.), *Geldwäsche. Materiellrechtliche und prozessuale Überlegungen*, 2019, p. 41; DIONYSOPOULOU, *Der Tatbestand der Geldwäsche*, 1999, p. 61.

divergentes y por contenidos de injusto asimétricos. Mientras que las primeras se caracterizan por incorporar cuestiones organizativas sustanciales, propias de los esquemas de blanqueo, las segundas, están determinadas por la existencia de una relación entre sujetos obligados y el Estado o, lo que es lo mismo, entre favorecedores y policía. En este contexto, respondiendo a un interés crítico, que facilite las posteriores tareas de sistematización<sup>464</sup>, deseo subrayar la importancia de diferenciar, dentro del injusto del blanqueo, las conductas penalizadas por representar actos de desidia o negligencia frente a la colaboración con el Estado, de aquellas conductas que desarrollan las diferentes etapas de los procesos de blanqueo.

Existe un consenso evidente frente a la idea de acuerdo con la cual existe un delito de blanqueo cuando se comprueba la utilización de estrategias de disimulación del origen ilícito de bienes y/o capitales –tal es el caso, por ejemplo, de la actuación del abogado que proyecta una estructura societaria dedicada, exclusivamente, al envío, recepción y administración de remesas de capitales *offshore*, conociendo el camino recorrido por los capitales y los mecanismos que deben ser utilizados para disimular el origen ilícito<sup>465</sup>–. Por la existencia de esquemas de este tipo, no es posible excluir tajantemente la posibilidad de que los sujetos obligados también se encuentren en condiciones de cometer –como blanqueadores-organizadores– el delito de blanqueo<sup>466</sup>. No obstante, a parte de estas potenciales conductas organizativas que no generan mayores discusiones, la atención debe centrarse en analizar las características e implicaciones de otro tipo

---

<sup>464</sup> ZACZYK, «¿Qué es la dogmática del Derecho penal?», en ZACZYK (eds.), *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*, 2010, p. 202.

<sup>465</sup> De hecho, estos serían los supuestos en los que un sujeto o grupo de sujetos cuentan con una comprensión global sobre los diferentes estadios recorridos por el capital ilícito hasta ser reinsertado en el mercado con apariencia de legalidad. De estos supuestos participan, obviamente, miembros de bandas organizadas, pero también despachos de abogacía especializados en el desarrollo de estrategias de blanqueo y en la creación de estructuras societarias por fuera de los márgenes de la licitud. Este es el núcleo de las conductas de blanqueo (conversión, disimulamiento, realización de transacciones internacionales, falsificaciones complejas, actividades criminales organizadas, bancos y empresas que destinan dolosamente una parte de sus actividades a prestar servicios a los blanqueadores), que merecen la sanción más grave pues, además de afectar las posibilidades de persecución del delito precedente y el decomiso de sus ganancias, producen un efecto en cadena que se origina a partir de la aportación de capital más barato al mercado, afectando, de esta forma, el interés de protección de la economía entendida como un todo.

<sup>466</sup> Según LEVI y REUTER, “There certainly are persons uninvolved in the underlying crime who have laundered money”. Los autores comentan el ejemplo de dos ejecutivos del Banco de Nueva York que, en los años 2000 favorecieron el blanqueo de millares de dólares de políticos rusos, sin que tuviesen cualquier conocimiento seguro (a pesar de gran sospecha) ni estaban involucrados en actividades delictivas previas. (LEVI/REUTER, *Crime and Justice*, (34 - 1), 2006, p. 291).



de conductas, ubicadas en otro núcleo de injusto. Se trata de los casos en los que se espera la colaboración de los sujetos obligados –pertenecientes a cualquier ámbito expuesto al contacto con esquemas de blanqueo, incluido en las normativas correspondientes– que deberán adoptar las medidas de contención necesarias para dificultar el éxito de los blanqueadores.

En este punto no pretendo defender que, partiendo de la actual redacción del tipo penal –alemán o español– de blanqueo, sea posible identificar de forma clara y directa la existencia de un deber de colaboración. No obstante, lo que a mi juicio sí puede indicarse es que existe un contenido de injusto dirigido especialmente a regular la actuación de los sujetos obligados. Injusto que se expresa tanto en el deber de prevenir que su actividad profesional (de personas físicas o jurídicas) se vea involucrada en el desarrollo de operaciones de blanqueo, como en el deber de colaborar con el Estado en las labores de identificación del origen ilícito de bienes y/o capitales<sup>467</sup>. Teniendo en cuenta algunas decisiones de la jurisprudencia, las infracciones a este tipo de medidas de colaboración son castigadas, en la actualidad, de forma indirecta como variantes del blanqueo organizativo, a través de las figuras del blanqueo de capitales por imprudencia grave o de la participación en comisión por omisión, como se estudiará más adelante.

Siguiendo con el análisis, es momento de recordar algunas particularidades relativas a las tesis sobre autoría y participación aplicadas al contexto del BdeC. Dejando de lado algunas posturas discrepantes, en su construcción teórica, ROBLES PLANAS sostiene que la responsabilidad de los intervinientes en el delito está anclada en el principio de autorresponsabilidad<sup>468</sup>. Este es el motivo que justifica que el partícipe no sea castigado porque el autor ha cometido un delito, sino, más bien, porque existe un injusto autónomo de intervención, que es definido en los términos de la autorresponsabilidad del partícipe y en su vínculo con el hecho delictivo. Se trata de un vínculo con el injusto del tipo, que es el

---

<sup>467</sup> Cfr. LÖWE-KRAHL, «§261», en ACHENBACH/RANSIEK (eds.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 3ª ed., 2012, nm. 41; ASCHKE, *Der Straftatbestand der Geldwäsche im Lichte zivilrechtlicher Erwerbprinzipien*, 2012, p. 188. Este último autor es todavía más radical en su postura, al afirmar que la intención del §261es, en realidad, la de reforzar la atención frente a la aceptación de cualquier tipo de valores. En este sentido, sostiene que el tipo penal del art. §261.5 (que define que la buena fe en la adquisición del bien interrumpe la cadena de blanqueo) trae aparejada una obligación de investigación (*Nachforschungspflicht*) acerca del origen del dinero.

<sup>468</sup> Cfr. ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, p. 163.

mismo para todos los intervinientes, y fundamenta la imputación objetiva del tipo<sup>469</sup>.

Como ya se ha mencionado, es posible identificar escenarios de participación de los sujetos obligados en la comisión del blanqueo-organización. Sin embargo, esta participación implica la realización de un injusto idéntico al del autor y una organización coincidente con el sentido del delito<sup>470</sup>. El problema de esta afirmación es que, en mi opinión, las conductas de aislamiento concebidas para garantizar la capacidad de investigación de la administración pública no comparten el mismo injusto de blanqueador-organizador. En este orden de ideas, la configuración de eventos de participación –con fundamento en la lógica que se acaba de describir– no tiene sentido si se tiene en cuenta el objetivo legislativo de implicar a los sujetos obligados en la prevención e investigación del delito bajo la amenaza de la imposición de penas. En este caso, estamos frente a aportaciones que se ubican en un *injusto distinto* de infracción de una expectativa de colaboración con el Estado.

Evidentemente, nada impide que estas conductas puedan ser vinculadas, por entenderse como modos escalonados de afectación al interés jurídico tutelado, a la lógica operativa del sistema de prevención del BdeC. No obstante, el propósito de la presente investigación consiste en demostrar que dichas conductas responden a fundamentos distintos y, por tanto, sus deberes específicos cuentan con modos de afectación particulares.

Lo expuesto hasta ahora puede sintetizarse como sigue. Las conductas de organización de blanqueo (blanqueo-organización), y las formas de intervención en ellas, implican la infracción de deberes negativos en la gestión de su espacio concreto de responsabilidad, gestión que, de ser llevada a cabo correctamente, no debería generar *outputs* lesivos para terceros o para determinados bienes jurídicos. A este tipo de deberes pertenecen los deberes de garante, consistentes en asumir voluntariamente el control de los riesgos provocados por el ejercicio de la libertad de organización (es decir, por la toma de decisiones estratégicas del negocio o por los productos y servicios ofrecidos a los clientes). Simultáneamente, al interior del sistema de control y prevención del blanqueo, es posible identificar deberes positivos de colaboración con al Estado, que van más

---

<sup>469</sup> Así, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, p. 221.

<sup>470</sup> Vid. ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, p. 218.

allá del control del riesgo especial<sup>471</sup> y cumplen con la finalidad –estipulada jurídicamente– de prevenir la comisión de delitos.

Una vez aclarada la distinción existente entre los núcleos de injusto (y de su adscripción al ámbito de responsabilidad de blanqueadores organizadores o blanqueadores colaboradores), es posible sostener, desde una perspectiva estrictamente político-criminal, que la conducta ilícita de los colaboradores no amerita la imposición de un castigo penal de la magnitud del castigo del blanqueo-organización. En mi opinión, además, es suficiente la imposición de multas y demás sanciones administrativas que se consideren convenientes<sup>472</sup>. Esta alternativa es, a todas luces, coherente y plenamente compatible con un concepto de Derecho penal basado en su comprensión como *ultima ratio*<sup>473</sup>.

No obstante, una propuesta de este tipo requiere, inexorablemente, una decisión radical en términos de política criminal, consistente en derogar el castigo, por vía indirecta, de las infracciones de medidas administrativas –como es el caso, por ejemplo, de los blanqueos imprudentes o de las situaciones de comisión por omisión–. En otras palabras, sería necesario realizar una exclusión radical de aquellas conductas llevadas a cabo por los sujetos obligados, que no alcanzan a configurar el injusto de organización de blanqueo, pasando a castigarlas a partir de la aplicación de los principios propios del Derecho administrativo sancionador.

Sin embargo, en el contexto de esta investigación y teniendo en cuenta la importancia central de los sujetos obligados frente a los esquemas de blanqueo, no considero que la despenalización de todas las conductas practicadas por ellos sea una alternativa adecuada o recomendable. Es importante, sí, que los deberes

---

<sup>471</sup> Como subraya JAKOBS, en las sociedades que ya han alcanzado cierto grado de desarrollo, también “hay que evitar que se cometan delitos”. JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, 2003, p. 123. También: JAKOBS, «La competencia por organización en el delito omisivo. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión», *Estudios de Derecho penal*, 1997, p. 305. Este es precisamente el mensaje que transmite el Estado a los sujetos obligados cuando se refiere a que “las medidas para prevenir el blanqueo son medidas que en última instancia coadyuvan a un objetivo más general como es la lucha contra la criminalidad”. Cfr. Exposición de motivos del Proyecto de reforma legal, por medio del cual se modifica la Ley 10/2010 de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

<sup>472</sup> Previstas en la L.O. 10/2010.

<sup>473</sup> Sobre los desafíos que las reformas recientes del derecho penal económico presentan al principio de *ultima ratio*, véase: BRODOWSKI/JAHN, «Krise und Neuaufbau eines strafverfassungsrechtlichen Ultima Ratio-Prinzips», *JZ*, (20), 2016, p. 73.

de colaboración en el seno del BdeC reciban un tratamiento penal. Pero este debe ser proporcional al injusto penal que contienen, que es menor que el injusto de quienes organizan los procesos de blanqueo. Lo que no puede admitirse, en ningún caso, es la tergiversación de las lógicas de aplicación de las sanciones penales y administrativas. Es decir, que se instrumentalice el tipo penal que prohíbe el BdeC para castigar infracciones administrativas que sancionan la no-colaboración.

Una cuestión distinta es reconocer que el Estado ha decidido, veladamente, castigar a estas personas con la misma cantidad de pena que a los blanqueadores organizadores. La legitimidad de un proceder de este tipo por parte del legislador puede –y debe– ser obviamente cuestionada, pues significa que equipara en gravedad conductas que afectan de modo muy distinto a la realización del proceso de blanqueo o al interés del Estado en tutelar la Administración de Justicia. En cualquier caso, para que un debate de este tipo sea posible es presupuesto reconocer que nos enfrentamos a expectativas normativas distintas, es decir, a dos conductas que se inscriben en injustos típicos relacionados, pero diferentes entre sí, tal y como es el caso de tipos penales incluidos en el mismo capítulo de un Código Penal.

## V. FORMAS ACTUALES DE CASTIGO DEL SUJETO OBLIGADO

Hasta el momento se han analizado de forma independiente los tres aspectos esenciales de los esquemas de colaboración de los sujetos obligados con el Estado en la prevención del BdeC: a saber, (i) el papel esencial de estos sujetos en la arquitectura extra-penal y en la generación de inteligencia para facilitar la prevención de operaciones de blanqueo; (ii) el fundamento del tipo penal (o el bien jurídico protegido) –basado en el auxilio requerido por la Administración de Justicia para perseguir los delitos precedentes y decomisar los bienes y/o capitales involucrados y, finalmente, (iii) la forma en que los tipos penales actuales incorporan, efectivamente, aspectos relativos a los deberes de colaboración de los sujetos obligados. Aunque este último elemento no haya sido reconocido mencionado por el legislador ni abordado por la jurisprudencia, como ha quedado claro al hablar del llamado tipo de aislamiento. De forma transversal a cada uno de los puntos específicos que se han desarrollado se ha insistido en que, una finalidad importante atribuida a la tipificación del BdeC, consiste en reforzar el deber de prevención y colaboración radicado en cabeza de los sujetos obligados.

Pues bien, llegados a este punto, es necesario retomar el análisis específico del tipo penal vigente en España, para estudiar los mecanismos que se han construido dogmáticamente con la intención de castigar la infracción de deberes por parte de los sujetos obligados. Lo anterior, sin perjuicio de la falta de un tipo penal especial de colaboración y, en especial, a pesar de la falta de claridad legislativa acerca del objeto real del castigo, tanto en los casos de comisión de infracciones de los mencionados deberes de colaboración como en los eventos de comisión, *stricto sensu*, de delitos de BdeC. Este acápite se ocupará de examinar aquellas soluciones dogmáticas que implican imponer un castigo indirecto a los sujetos obligados: el blanqueo por imprudencia grave y los supuestos de blanqueo en comisión por omisión. Como se verá, la dualidad conceptual que se ha identificado en el tipo penal de blanqueo en relación con los sujetos obligados (blanqueo por organización y blanqueo por colaboración) se repite en el escenario de análisis de los supuestos de imprudencia grave y comisión por omisión. Resulta evidente que, mientras una parte del injusto de blanqueo imprudente penaliza las conductas de desconocimiento del origen del capital –castigándolas como un delito común–, su complemento penaliza la ocultación imprudente del origen o de la naturaleza ilícita del bien por parte de los sujetos obligados –castigándola, por su lado, como un delito especial–. Adicionalmente,

es posible identificar una corriente interpretativa, a mi juicio, equivocada, que entiende a las infracciones de deberes administrativos de prevención del blanqueo como casos de responsabilidad en comisión por omisión de los sujetos obligados siempre que pueda comprobarse la existencia de un resultado de blanqueo que podría haber sido evitado si los sujetos hubieran cumplido de forma adecuada con sus deberes de garante.

Llegados a este punto, y antes de pasar a estudiar las particularidades de la aplicación del tipo de BdeC, es preciso recordar que España es uno de los pocos países europeos que ha decidido castigar el blanqueo de capitales imprudente<sup>474</sup>. Si esto no fuera suficiente, el alcance de esta regulación es particularmente amplio, en especial si se tiene en cuenta que no existe un listado taxativo de aquellos delitos precedentes del blanqueo y que se aplica también a actuaciones de las personas jurídicas<sup>475</sup> –se trata, de hecho, del único tipo penal que pueden cometer las personas jurídicas por imprudencia–.

Para tener una idea de las implicaciones de esta regulación, y recurriendo de nuevo a elementos del Derecho comparado, Alemania castiga el blanqueo por imprudencia grave/temeraria<sup>476</sup>, pero ha elaborado un listado taxativo de los delitos antecedentes, delimitando de forma coherente el ámbito de aplicación del tipo de blanqueo<sup>477</sup>. Actualmente, está en curso un proyecto de reforma del tipo

---

<sup>474</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2015, p. 872. Según la investigación llevada a cabo por el autor, en Europa los siguientes países penalizan el blanqueo imprudente: Alemania, Bélgica, Eslovaquia, Eslovenia, Finlandia, Irlanda, Holanda, Reino Unido y Suecia.

<sup>475</sup> BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2015, p. 873 ss.

<sup>476</sup> En realidad, Alemania castiga el BdeC por temeridad, como se verá en las páginas siguientes. El apartado que prevé el castigo de esos supuestos es el siguiente: § 261.5: “(5) Wer in den Fällen des Absatzes 1 oder 2 leichtfertig nicht erkennt, daß der Gegenstand aus einer in Absatz 1 genannten rechtswidrigen Tat herrührt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft”. (Quien, en el caso de apartados 1 o 2, no reconozca por temeridad que los bienes provienen de uno de los delitos descritos en el apartado 1, será castigado con pena de prisión de hasta dos años o multa”. Críticos con respecto a este castigo: SCHMIDT/KRAUSE, «§261», *LK-StGB*, 2010, nm. 38.

<sup>477</sup> El tipo de “listado cerrado” de los delitos precedentes funciona como un elemento de limitación del tipo de blanqueo porque exige una doble sospecha: la del origen ilícito del capital, y la del delito que ha generado dicho capital. (KAUFMANN, *Die Bedeutung der Einbeziehung von Bankmitarbeitern in die strafrechtliche Bekämpfung der Geldwäsche*, 2001, pp. 109, 117). Así, por ejemplo, en las cuentas de una persona jurídica que lleva a cabo muchas operaciones de importación y exportación, el banco podrá sospechar que las remesas al extranjero, consignadas en cuentas ubicadas en paraísos fiscales son, en realidad, operaciones de blanqueo destinadas a esconder la defraudación de impuestos. De forma similar, el fraccionamiento excesivo de depósitos en efectivo realizados en cuentas de personas que no han reportado ejercer alguna actividad lícita, pueden ser indicios de blanqueo de capitales provenientes del tráfico de drogas. Como puede verse, la tarea de reconocimiento de este doble nivel de sospecha no es nada sencilla. Por esta razón, según LAMPE, podría admitirse una intensificación de los deberes de cuidado generales, en el marco de la prevención del blanqueo, respecto de aquellos delitos especialmente

penal que propone la exclusión del listado taxativo de delitos antecedentes y, en compensación, la descriminalización definitiva del blanqueo por imprudencia grave<sup>478</sup>. Por el contrario, Inglaterra, del mismo modo que España, no cuenta con una lista de delitos precedentes, pero castiga una modalidad de blanqueo por imprudencia (que ocurre cuando existen fallos en el deber de informar y de adoptar medidas de protección por parte de los sujetos obligados) por vía de un tipo penal autónomo, dirigido exclusivamente a los sujetos obligados. Se trata, entonces, de un delito especial distinto del blanqueo *strictu sensu*<sup>479</sup>. En el ámbito de la legislación internacional, el blanqueo imprudente no es contemplado por ninguna de las Directivas europeas ni por los documentos más relevantes de las Naciones Unidas –encontrándose la única “notable excepción”<sup>480</sup> en el Reglamento Modelo de Lavado de Activos de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD)<sup>481</sup>–. Ni siquiera la Directiva Europea de lucha contra el BdeC a través del Derecho penal –la primera dirigida a intentar armonizar las definiciones de blanqueo a nivel europeo– recomienda el castigo del blanqueo por imprudencia. Incluso, y como un gesto de respeto por la soberanía legislativa de los Estados miembros, solamente menciona que estos

---

graves, sobre los cuales ya exista un conocimiento social ampliamente difundido (por ejemplo, el tráfico de drogas). De acuerdo con el autor, este ha sido el razonamiento adoptado por el legislador alemán que, inspirado en el origen del tipo de blanqueo de capitales de este país relacionado con el combate de la criminalidad organizada–, reprocha el comportamiento gravemente negligente cuando se vincula a delitos de naturaleza grave, previamente definidos como antecedentes del blanqueo. El autor cita como ejemplo, los casos de imprudencia grave sobre el origen de bienes procedentes del tráfico de drogas, en el supuesto en el que un empresario recibe altas sumas de capital en efectivo, comprometiéndose a adoptar medidas para asegurar el dinero. LAMPE, *JZ*, (3), 1994 p. 129. En cualquier caso, como lo menciona este autor, Alemania ha ampliado sustancialmente el rol de los delitos precedentes del blanqueo, de modo que dicho rol no cuenta, en la actualidad, con un verdadero potencial restrictivo del blanqueo imprudente. KNORZ, *Der Unrechtsgehalt des § 261 StGB*, 1996, p. 191.

<sup>478</sup> La versión completa del proyecto de reforma puede ser encontrada en: [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE\\_Geldwaesche\\_Bekaempfung\\_g.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Geldwaesche_Bekaempfung_g.pdf?__blob=publicationFile&v=1). La justificativa de exclusión del castigo del blanqueo imprudente como consecuencia de la exclusión de un listado de delitos precedentes se halla a la página 19. Acceso en 25.11.2020.

<sup>479</sup> Vid. art. 331 POCA (*Proceeds of Crime Act*), que incrimina el blanqueo de capitales en el Reino Unido, definiéndolo como la infracción de los deberes de prevención e información de los sujetos obligados que sospechan o deberían sospechar de la naturaleza ilícita de los capitales involucrados en ciertas transacciones.

<sup>480</sup> Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, «Oportunidad político criminal y viabilidad dogmática del delito de blanqueo de capitales imprudente», en BERDUGO/BECHARA (eds.), *Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña*, 2013, p. 358.

<sup>481</sup> Según el Reglamento, “(1) Comete delito penal la persona que convierta, transfiera o transporte bienes a sabiendas, *debiendo saber* o con *ignorancia intencional* que los mismos son producto o instrumentos de actividades delictivas graves.” En seguida, el Reglamento aclara cómo deben ser definidas las expresiones destacadas. En estos términos, la ignorancia deliberada es equiparada con *ignorancia intencional*. *Debiendo saber* se interpreta en el Reglamento como culpa o realización imprudente del blanqueo.

“podrán considerar” la incriminación de la negligencia grave<sup>482</sup>, conservando –en la definición del tipo– un enfoque limitado a la penalización de aquellos casos en los que exista un conocimiento seguro acerca del origen ilícito de los capitales. De nuevo, apartándose de las recomendaciones comunitarias, España cuenta con un modelo “propio” caracterizado por no incluir ninguna de estas previsiones limitantes<sup>483</sup>. En consecuencia, los rendimientos económicos originados en la comisión de *cualquier* delito pueden ser objeto de operaciones de blanqueo como consecuencia de la imprudencia grave<sup>484</sup> de cualquier persona –no solo de los sujetos obligados. Ante una regulación con estas características, la doctrina<sup>485</sup> y la jurisprudencia están llamadas a proponer argumentos dirigidos a delimitar las finalidades del tipo de BdeC y, en especial, a restringir su ámbito de aplicación.

### 1. *Blanqueo de capitales por imprudencia grave*

El art. 301.3 del Código penal castiga las conductas de blanqueo por imprudencia grave con la imposición de una pena de prisión de seis meses a dos años y de una

---

<sup>482</sup> Directive (EU) 2018/1673 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2018 on combating money laundering by criminal law. La Directiva establece que, a más tardar el 3 de Diciembre de 2022, la Comisión Europea deberá presentar un informe sobre el grado de implementación de la Directiva por parte de los Estados miembros. El considerando n. 13 de la Directiva es el único que menciona al blanqueo por imprudencia, en los siguientes términos: “As this Directive provides for minimum rules concerning the definition of criminal offences and sanctions in the area of money laundering, Member States are free to adopt or maintain more stringent criminal law rules in that area. Member States should be able, for example, to provide that money laundering committed recklessly or by serious negligence constitutes a criminal offence. References in this Directive to money laundering committed by negligence should be understood as such for Member States that criminalise such conduct”.

<sup>483</sup> La exclusión del listado de los delitos precedentes fue bien recibida por una parte importante de la doctrina española, porque, con ello, se supera la dificultad del hecho de tener que comprobar el conocimiento específico de que el capital proviene, concretamente, de un delito de naturaleza grave. Vid. BERDUGO/FABIÁN CAPARRÓS, en NÚÑEZ PAZ *et al.* (eds.), *Un derecho penal comprometido: libro homenaje al Prof. Gerardo Landrove Díaz*, 2011, p. 130.

<sup>484</sup> Como se ha mencionado en el apartado dedicado al análisis del tipo penal, el art. 301 CP prevé que, los bienes generados ilícitamente en cualquier actividad delictiva previa pueden ser objeto de BdeC, pues el tipo no se limita solo al blanqueo de capitales provenientes de ciertos delitos precedentes. No obstante, la doctrina critica que la falta del carácter taxativo del listado de delitos precedentes, sumada a la posible realización por imprudencia, disuelve los deberes de cuidado objetivo en relación con los delitos más graves. En consecuencia, según algunos autores, se pierde el enfoque político-criminal que aboga por concentrarse en la persecución del blanqueo de capitales provenientes de los delitos más graves, imponiéndose deberes de cuidado demasiado amplios a ciudadanos que seguramente, no sean “rentables” para el sistema a partir de un análisis más profundizado de costes y beneficios. HEINRICH, en ARZT *et al.* (eds.), *Strafrecht. BT*, 3ª ed., 2015, nm. 38; ZOPPEI, *The European Review of Organised Crime*, (1 - 2), 2015, p. 132.

<sup>485</sup> Según la opinión de FABIÁN CAPARRÓS, un tipo penal objetivamente tan amplio como aquel del art. 301 CP podría ser contrarrestado a través de la imposición de la exigencia de que el sujeto actúe con dolo directo. FABIÁN CAPARRÓS, *Revista General de Derecho Penal*, (16), 2011, p. 8; DEL CARPIO DELGADO, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, 1997, p. 317. Esta interpretación, como se ha mencionado, no ha sido tenida en cuenta por las reformas penales subsiguientes del Código penal.



multa “del tanto al triple” del valor de los bienes. Atendiendo a una interpretación literal del tipo, existen dos modos posibles de realización del blanqueo por imprudencia grave. En primer lugar, los casos en los que la imprudencia grave se encuentra relacionada con el desconocimiento del origen de los bienes<sup>486</sup>, de tal suerte que la imputación del resultado dependa de la realización efectiva de las conductas típicas de blanqueo (transferencia, conversión, adquisición etc.) sobre los bienes cuyo origen ilícito el sujeto desconocía, pero podría haber conocido<sup>487</sup> si hubiera actuado adoptando ciertas precauciones básicas. El contenido de las precauciones variará, lógicamente, dependiendo de las características particulares del autor (por ejemplo, si es sujeto obligado) y de las circunstancias específicas de las transacciones económicas que se realicen. En segundo lugar, y aunque no se trata de una interpretación aceptada por la doctrina mayoritaria, se puede sostener que el art. 3011.3 CP castiga, no solo el desconocimiento imprudente, sino también la realización de ciertos actos de blanqueo por imprudencia, en concreto, las conductas típicas de ocultación y encubrimiento<sup>488</sup>.

Esta segunda forma de comisión genera, normalmente, comentarios críticos emitidos por autores que consideran que se trata de una “exageración legislativa”<sup>489</sup> que vulnera el principio de taxatividad<sup>490</sup>, por implicar la

---

<sup>486</sup> Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, 1998 p. 421 BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2015 p. 886. Esta también es la interpretación de la jurisprudencia (tanto de la STS 1034/2005, reforzada por la STS 286/2015), que se refiere a la falta de conocimiento imprudente del origen ilícito de los bienes. Vid. ROBLES PLANAS, «Delitos contra el patrimonio (III). Receptación y blanqueo de capitales (arts. 298-304 CP)», *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, 2015, p.

<sup>487</sup> Así, PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales*, 2000 p. 590; GÓMEZ INIESTA, *El delito de blanqueo de capitales en Derecho español*, 1996 p. 59. En Alemania la doctrina subraya que la imprudencia se encuentra en el desconocimiento del origen delictivo del bien. SCHMIDT/KRAUSE, en WILHELM/VOGEL, Joachim (eds.), *LK-StGB*, 2010 p. 680, nm. 38; ALTENHAIN, «§261», *NK-StGB. Band III*, 2005, nm. 137.

<sup>488</sup> Sin embargo, esta interpretación, no ha sido desarrollada de forma suficiente por la doctrina, que suele enfatizar únicamente el desconocimiento imprudente del origen ilícito. Sin embargo, ningún elemento de la redacción del tipo penal permite excluir la realización imprudente de conductas de ocultación y encubrimiento. Al respecto, vid. PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales*, 2000, p. 600; BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2015, p. 886.

<sup>489</sup> Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, 1998, p. 417; FABIÁN CAPARRÓS, «Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre el blanqueo imprudente de capitales», *Revista General de Derecho Penal*, (16), 2011, p. 27; BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, 2a.ª ed., 2010, p. 715; PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales*, 2000, p. 599. Este autor critica el alcance que se ha dado a la modalidad imprudente del blanqueo y no a la incriminación del blanqueo, entendido como un todo. BLANCO LOZANO, «El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas en el ordenamiento penal español», en COBO DEL ROSAL (eds.), *Revista de Derecho Público. Comentarios a la legislación penal*, Tomo *VXII*, 1996, p. 88.

incorporación de un ámbito de punibilidad excesivamente amplio, casi equiparable con el concepto de *versari in re ilícita*<sup>491</sup>. Sumado a lo anterior, se cuestiona la constitucionalidad de una medida como estas, por considerarse inadmisibles, en el marco de un Estado de Derecho, el hecho de imponer deberes de investigación a particulares –deberes consistentes en rastrear el origen de los bienes– antes de iniciar, formalmente, una relación de negocios<sup>492</sup>. En esta misma línea, se entiende que los supuestos en los cuales la pena definida para castigar los delitos antecedentes es inferior a la pena del delito de blanqueo<sup>493</sup> contradicen el principio de proporcionalidad<sup>494</sup>. En definitiva, se acusa al tipo de blanqueo imprudente de satisfacer el –equivocado– interés punitivo dirigido a castigar una conducta meramente indeseada, sin tener en cuenta su relación con el resultado<sup>495</sup>. Finalmente, se critica unánimemente el hecho de que, un tipo como el evaluado, puede convertirse fácilmente en un instrumento para “desviar” finalidades, fungiendo como cláusula de recogida para el castigo de conductas dolosas, cuando no haya sido posible probar la existencia del dolo<sup>496</sup>.

En definitiva, la revisión de la doctrina disponible no ofrece un panorama alentador: la criminalización del blanqueo imprudente opera, en realidad, como refuerzo punitivo del cumplimiento de las normas administrativas de cuidado<sup>497</sup>

---

<sup>490</sup> Vid. KNORZ, *Der Unrechtsgehalt des § 261 StGB*, 1996, p. 187; FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, 1998; p. 380; DEL CARPIO DELGADO, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, 1997, p. 192; FARALDO CABANA, *Estudios penales y criminológicos*, (21), 1998, p. 142; GÓMEZ INIESTA, *El delito de blanqueo de capitales en Derecho español*, 1996, p. 47.

<sup>491</sup> En estos términos, TRÖNDLE/FISCHER, Thomas, en TRÖNDLE/FISCHER, Thomas (eds.), *Beck'sche Kurz-Kommentare*, 53ª ed., 2006, nm. 42a; KNORZ, *Der Unrechtsgehalt des § 261 StGB*, 1996, pp. 175; SCHMIDT/KRAUSE, «§ 261», *LK-StGB*, 2010, nm. 39.

<sup>492</sup> Así, LAMPE, *JZ*, (3), 1994, p. 123; BLANCO LOZANO, en COBO DEL ROSAL (eds.), *Revista de Derecho Público. Comentarios a la legislación penal (Reformas sobre tráfico de drogas, secreto de las comunicaciones y conducción de ciclomotores)*. Tomo *VXII*, 1996, p. 53.

<sup>493</sup> En el caso concreto del verbo típico “poseer”, CASTRO MORENO afirma que existen casos en los que la posesión imprudente de un bien de origen ilícito será castigada de forma más grave que el propio delito originario: “Además, todavía se penarían más severamente estos casos de mera posesión culposa sin provecho alguno [prisión de 6 meses a dos años y multa del tanto al triplo (art. 301.3 CP)], que si el sujeto hubiera hurtado dolosamente el bien [prisión de 6 a 18 meses (art. 234 CP)]. O apropiarse de una cosa perdida, que sólo tiene pena de multa de 3 a 6 meses (art. 253 CP)”. CASTRO MORENO, *La Ley Penal*, (7277), 2009, pp. 5–6.

<sup>494</sup> SUAREZ GONZALEZ, *Revista Chilena de Derecho*, (22 - 2), 1995, p. 132.

<sup>495</sup> KNORZ, *Der Unrechtsgehalt des § 261 StGB*, 1996, pp. 173.

<sup>496</sup> Vid. LAMPE, *JZ*, (3), 1994, p. 129; SCHMIDT/KRAUSE, «§ 261», *LK-StGB*, 2010, nm. 39; BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2015, p. 885; KNORZ, *Der Unrechtsgehalt des § 261 StGB*, 1996, p. 193.

<sup>497</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2015; p. 886.

dirigidas a los sujetos obligados<sup>498</sup> y como instrumento de “emergencia” para evitar tener que probar el dolo en el proceso de imputación –es decir, como un recurso subsidiario del proceso penal<sup>499</sup>–.

Esta conclusión, aunque sombría, refleja el contenido de las decisiones del legislador español en materia de prevención y control del BdeC: se ha enfocado en reforzar –de forma bastante simbólica– los deberes de diligencia, para evitar que se generen situaciones de desconocimiento del origen ilícito de bienes en las transacciones económicas. Cierta sector de la doctrina se ha esforzado por “rescatar”, en la medida de lo posible, las posibilidades de aplicación racional – en términos de los principios penales fundamentales– de esta norma, tomando como punto de partida una consideración dinámica de acuerdo con la cual, por tratarse de una norma cambiante, es posible abogar por una interpretación restrictiva del art. 301.3 CP<sup>500</sup>.

## 1.1 Exégesis del art. 301.3 CP

### *a) Sabiendo y a sabiendas*

Antes de abordar concretamente un estudio exegético del art. 301.3 CP, que castiga la comisión del BdeC por imprudencia grave, es necesario recordar los

---

<sup>498</sup> Vid. ZARAGOZA AGUADO, «La prevención del blanqueo de capitales. La comisión culposa y las profesiones jurídicas», en SÁNCHEZ STEWART/ABEL SOUTO (eds.), *I Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, 2007, p. 76. Aunque el autor considere que el blanqueo imprudente es un delito común, a renglón seguido afirma que el ámbito natural de aplicación de este delito debe ser el de las personas obligadas a cumplir con las normas de adecuación administrativa. GÓMEZ INIESTA, *El delito de blanqueo de capitales en Derecho español*, 1996, p. 60.

<sup>499</sup> Vid. BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2015, p. 868; SCHMIDT/KRAUSE, en WILHELM/VOGEL, J. (eds.), *LK-StGB*, 2010 nm. 39; FARALDO CABANA, *Estudios penales y criminológicos*, (21), 1998, p. 152. FABIÁN CAPARRÓS, *Revista General de Derecho Penal*, (16), 2011; p. 27. Como acertadamente critica el autor, el art. 301.3 responde a un utilitarismo dudoso, que pretende garantizar el castigo de aquellos sospechosos respecto de los cuales no fue posible demostrar la existencia previa, en el ámbito interno, en su mente, de ese conocimiento y que “no abarca realmente una hipótesis de blanqueo imprudente, sino, en realidad, casos no plenamente probados de realización dolosa”.

<sup>500</sup> Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, en SILVA SÁNCHEZ (eds.), *Libertad económica o fraudes punibles?*, 2002; MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 2015 p. 482; ABEL SOUTO, *I Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, 2009, p. 245; DEL CARPIO DELGADO, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, 1997, p. 335. Tal y como lo sugiere la autora, el blanqueo imprudente será, por regla general, la actuación del sujeto con error de tipo vencible. En relación con todos los temas, vid. BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2015, p. 876 ss. En el mismo sentido ha decidido el Tribunal Supremo alemán, sosteniendo que un manejo limitado de las hipótesis de blanqueo imprudente por la jurisprudencia podrá resguardar los excesos y limitar la amplitud del tipo, preservando así los principios de culpabilidad y taxatividad. SCHMIDT/KRAUSE, «§ 261», *LK-StGB*, 2010, nm. 39.

apartados del tipo penal que anteceden a este tipo subjetivo y que describen las conductas objetivas de BdeC. Como se ha mencionado, el art. 301.1 CP se refiere a las conductas de *adquirir, poseer, utilizar, convertir, o transmitir* bienes *sabiendo* que éstos tienen su origen en una actividad delictiva previa, o con la finalidad específica de “*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*”. A continuación, el art. 301.2 CP prevé la realización de conductas de ocultación o encubrimiento *a sabiendas* de que los bienes proceden de la comisión de un delito. Por su parte, el art. 301.3 CP castiga la realización, con imprudencia grave, de los *hechos* previstos en los apartados anteriores<sup>501</sup>. En cualquier caso, la valoración de estos “hechos” está vinculada a la comprobación de un componente subjetivo ineludible: a saber, la comprobación del conocimiento del origen de los bienes o de la finalidad específica de ocultar el origen ilícito o de ayudar a alguien a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos delictivos<sup>502</sup>.

La disputa dogmática en torno al alcance e interpretación de las expresiones “sabiendo” y “a sabiendas” –referidas al conocimiento del origen delictivo de los bienes, exigido por el tipo– ha generado cierto nivel de incertidumbre en el proceso de comprobación de los elementos necesarios para la imposición pena por la comisión del delito de BdeC por imprudencia grave<sup>503</sup>. Mientras cierto

---

<sup>501</sup> Es preciso mencionar las opiniones de algunos autores que han sugerido que el art. 301.3 sea presentado como un tipo autónomo, independiente. Esta propuesta ha sido rechazada por la doctrina mayoritaria, que entiende que el tipo del 301.3 configura, en efecto, una extensión del castigo de las conductas típicas de los apartados 301.1 y 301.2 –incluso cuando es cometido de forma imprudente, siempre y cuando esto sea compatible estructuralmente– GÓMEZ INIESTA, *El delito de blanqueo de capitales en Derecho español*, 1996, p. 55 ss.; DEL CARPIO DELGADO, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, 1997, p. 300; MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 2015, p. 330, 496.

<sup>502</sup> Cfr. GÓMEZ INIESTA, *El delito de blanqueo de capitales en Derecho español*, 1996, p. 56; PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales*, 2000, p. 58.

<sup>503</sup> Muchos autores que se han dedicado a estudiar este tema justifican la interpretación otorgada históricamente por el legislador penal español a la expresión “a sabiendas”, para excluir la posibilidad de castigar a título de imprudencia, cuando esta exclusión no se encontraba, todavía, consagrada explícitamente en la parte especial (no había *numerus clausus*), Vid. DEL CARPIO DELGADO, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, 1997, p. 329. Otros autores, que publicaron sus comentarios en los años 80 y 90 cuando fueron presentados los primeros tipos de blanqueo, se refieren a menudo a la interpretación de JESCHECK, que afirmaba que la expresión “a sabiendas” era utilizada por el legislador alemán para determinar la exigencia de dolo directo de primer grado –lo cual habría sido la causa de la restricción de la realización del delito, exclusivamente a aquellas casos en los que las conductas fueran llevadas a cabo con dolo directo de primer grado. No obstante, esos mismos comentaristas mencionan la superación de dicha restricción, siendo un buen ejemplo de esta situación los escritos de Mir Puig, en los que tempranamente apuntó que, en España, la expresión “a sabiendas” era

sector autorizado considera que ambas expresiones son irrelevantes al momento de definir la realización imprudente, no son pocas las voces que entienden al blanqueo de capitales del art. 301.1 CP como un delito esencialmente doloso<sup>504</sup> que, incluso, solo admitiría –para su castigo–, la existencia de un dolo directo de primer grado<sup>505</sup> –quedando así excluida la posibilidad de realización imprudente de los hechos del art. 301.1CP<sup>506</sup>–.

Sin desconocer el valor dogmático que tienen discusiones de este tipo, la doctrina mayoritaria<sup>507</sup> acepta, sin mayores reparos, la posibilidad de castigar el blanqueo imprudente, a pesar de las dificultades interpretativas propias de las expresiones “sabiendo” y “a sabiendas”. El razonamiento utilizado para justificar esta posición consiste en entender que estas *locuciones* denotan la definición misma del dolo –en cualquiera de sus modalidades, es decir, dolo directo de primer grado, de segundo grado o dolo eventual<sup>508</sup>– referido, genéricamente, al conocimiento de que se hace algo prohibido. Este conocimiento no debe

---

tan solo un sinónimo del dolo y, por ello, ni siquiera excluiría la comisión por culpa. PÉREZ MANZANO, *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero*, 1994, p. 236. PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales*, 2000, p. 558.

<sup>504</sup> Comportamiento doloso, es decir, sabiendo que los bienes tienen un origen delictivo. Esta era la posición de la jurisprudencia –hoy superada– del TS. Vid. STS 16/2009, de 27 de enero.

<sup>505</sup> Esta es la interpretación de PALMA HERRERA, quien, en obras vincula la expresión “a sabiendas” con la finalidad específica descrita en el tipo de blanqueo afirmando que “si alguien adquiere, convierte, transmite o realiza cualquier otro acto sobre bienes de procedencia delictiva grave conocida, o lo hace con alguna de las finalidades que el propio tipo exige, en cuyo caso tendremos que hablar de dolo directo, o lo hace sin tales finalidades, en cuyo caso la conducta será atípica y no tendremos que plantearnos, siquiera, la clase de dolo”. Según el autor, no es la locución “a sabiendas” que obliga a interpretar el blanqueo como conducta dolosa, pues el conocimiento del origen ilícito puede ser eventual (y dar cabida al blanqueo con dolo eventual), pero lo que haría de este tipo un delito doloso sería la “necesaria presencia de alguno de los elementos subjetivos dolosos que exige el tipo”. PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales*, 2000, p. 581, 584.

<sup>506</sup> Una posición restrictiva de este tipo, se fundamenta, principalmente, en razones de política criminal (FABIÁN CAPARRÓS, *Revista General de Derecho Penal*, (16), 2011 p. 30 y ss.), en las inconsistencias presentes en el sistema de castigo del blanqueo imprudente y, sobre todo, en la supuesta necesidad insoslayable del conocimiento seguro del origen del bien (DEL CARPIO DELGADO, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, 1997, p. 317; FABIÁN CAPARRÓS, *Revista General de Derecho Penal*, (16), 2011, p. 8.

<sup>507</sup> Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 2015, p. 495; PÉREZ MANZANO, *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero*, 1994, p. 248; DEL CARPIO DELGADO, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, 1997, p. 303; FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, 1998, p. 328; PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales*, 2000, p. 558.

<sup>508</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2015, p. 802 DEL CARPIO DELGADO, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, 1997, p. 305. Opinión compartida en Alemania por ALTENHAIN, «§261», *NK-StGB. Band III*, 2005, nm. 138.

confundirse con aquel exigido por el dolo o la imprudencia del blanqueo, es decir, el conocimiento seguro *en el caso concreto* del origen del capital<sup>509</sup>.

Aunque se trata de una diferencia sutil, lo que quiere decirse es que las expresiones analizadas no constituyen un *elemento subjetivo especial* del tipo de BdeC<sup>510</sup>. Sino que se refieren, en realidad, al conocimiento de las circunstancias del delito que se exige en la redacción de cualquiera de los tipos de la parte especial del Código Penal<sup>511</sup>: saber que se están realizando conductas que implican la configuración de un hecho ilícito. En definitiva, al no implicar un límite específico a los requisitos necesarios para castigar el blanqueo imprudente, ambas expresiones son una referencia dispensable<sup>512</sup>, una redundancia legislativa.

Esta interpretación allana el camino para la obtención de un consenso doctrinal en torno a la posibilidad de castigar, a título de imprudencia, a los sujetos que realizan conductas objetivas de blanqueo sospechando, o pudiendo sospechar, que se trata de transacciones que involucran bienes y/o capitales con un origen ilícito y cuyos actos facilitan a terceros la evasión de consecuencias jurídicas. En la praxis, este supuesto es característico de conductas de *phishing*, o testaferreros, que facilitan sus cuentas bancarias para que otros realicen pequeños fraudes bancarios<sup>513</sup>.

---

<sup>509</sup> Vid. BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2015, p. 800. Igualmente, DEL CARPIO DELGADO, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, 1997, p. 300 ss. PÉREZ MANZANO presenta la interpretación que sirve como fundamento a toda una corriente interpretativa del tipo de blanqueo, al afirmar que “ni la expresión ‘a sabiendas’, ni la referencia expresa al conocimiento por sí solas constituyen argumentos suficientes para exigir una modalidad de dolo ni para excluir la sanción de la imprudencia en los delitos de receptación”. PÉREZ MANZANO, *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero*, 1994, p. 236.

<sup>510</sup> Vid. DEL CARPIO DELGADO, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, 1997 PÉREZ MANZANO, *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero*, 1994, p. 241.

<sup>511</sup> Vid. DEL CARPIO DELGADO, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, 1997, p. 303.

<sup>512</sup> Así, PÉREZ MANZANO, *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero*, 1994, p. 235.

<sup>513</sup> Ejemplos de: MIRÓ-LLINARES, «La respuesta penal al ciberfraude. Especial atención a la responsabilidad de los muleros del phishing», *RECPC*, (15 - 12), 2013, p. 32 ss.; CALDERÓN TELLO, *El delito de blanqueo de capitales: problemas en torno a la imprudencia y a la receptación*, 2016, p. 430 ss. Según expone este autor, el *phishing* es una forma de estafa, por medio de la cual se envían una serie de correos electrónicos, rotulados falsamente con el nombre de la entidad bancaria e –incluso– su identidad corporativa, avisando al cliente sobre el cierre de cuentas, actualización de condiciones, entre muchas otras posibilidades, si este no valida ciertas informaciones, necesarias para “actualizar sus datos frente a la entidad”. Habiendo obtenido estas informaciones, los autores de delitos informáticos “pescan” las contraseñas y proceden a realizar una serie de pequeñas transferencias bancarias. Es aquí donde aparecen los *testaferreros* del blanqueo de capitales, pues el autor del delito de estafa informática necesita diferentes cuentas bancarias para transferir los valores desviados ilícitamente de las cuentas de las víctimas. (Vid. STS 824/2012, de 25 de octubre, que condena a una persona por blanqueo de capitales imprudente por

b) *Con la finalidad de ocultar...*

Más compleja resulta, sin lugar a dudas, la interpretación de la segunda parte del art. 301.1 CP que castiga el hecho de *realizar cualquier acto*, con “*la finalidad de ocultar o encubrir el origen de los bienes o la de ayudar a la persona que haya participado de delito*”. En esta oportunidad, el legislador no deja claro si se trata de un elemento subjetivo especial del tipo o de un tipo de intención<sup>514</sup>.

En los primeros estudios publicados acerca del tipo subjetivo del blanqueo de capitales se entendió que dichas finalidades constituían un elemento volitivo del dolo<sup>515</sup> y que, además, eran una característica exclusiva del dolo directo de primer grado<sup>516</sup>. No obstante, otros autores negaron tajantemente esta interpretación, por considerar que los elementos subjetivos especiales del tipo no excluían ni el dolo eventual ni la imprudencia. En su opinión, lo que sí impediría la realización del blanqueo imprudente (o con dolo eventual), en este caso concreto, sería el propio sentido del delito: si el sujeto realiza las conductas típicas *para ocultar el origen del dinero o para ayudar a alguien*, necesariamente deberá conocer –a ciencia cierta– la procedencia ilícita de los bienes. No sería lógico afirmar que el sujeto realiza actos para ocultar el origen delictivo de un bien, entendiendo simultáneamente, que solo debe probarse el conocimiento *probable* de su procedencia ilícita.<sup>517</sup>

En estos términos, es necesario recuperar la discusión acerca de la correcta interpretación de los hechos contenidos en el art. 301.1 CP. Para cierto sector doctrinal, el tipo mencionado recoge dos grupos diferenciados de conductas, a

---

haber facilitado los datos de su cuenta bancaria para recibir depósitos de personas que desconocía). Sin embargo, para CALDERÓN TELLO los casos de *phisher-mule* no constituyen delitos de blanqueo imprudente, sino más bien de receptación. Por su parte, la doctrina y jurisprudencia mayoritarias sí defienden una imputación de blanqueo por imprudencia grave. (EL MISMO, *El delito de blanqueo de capitales: problemas en torno a la imprudencia y a la receptación*, 2016, p. 443 ss.)

<sup>514</sup> Cfr. BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 365; AMBOS, en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (eds.), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, 2011, p. 185; ALTENHAIN, «§261», *NK-StGB. Band III*, 2005, p. 500.

<sup>515</sup> PÉREZ MANZANO afirma que se trata de un elemento volitivo del dolo que, en todo caso, restringe la interpretación al dolo directo de primer grado y excluye la posibilidad de realización imprudente de las conductas típicas del art. 301.1 CP. PÉREZ MANZANO, *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero*, 1994, p. 240. Asimismo, BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2015, p. 813.

<sup>516</sup> Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 2011, p. 495; PÉREZ MANZANO, *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero*, 1994, p. 240.

<sup>517</sup> Vid. DEL CARPIO DELGADO, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, 1997, p. 316; PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales*, 2000, p. 584

saber, las de adquirir, convertir, etc., sin que sea relevante la finalidad con la que son llevadas a cabo y aquellas que requieren la realización de *cualquier acto con la finalidad* de *encubrir* o *ayudar*. En caso de aceptarse este planteamiento, no existiría ningún obstáculo para aceptar la posibilidad de realización imprudente del primer grupo de conductas. Por el contrario, no sería lógico admitir la posibilidad práctica de la realización imprudente de “cualquier acto” cuyo perfeccionamiento dependa del elemento subjetivo especial de ocultar o ayudar a alguien<sup>518</sup>.

Por su parte, muchos autores relevantes defienden vehementemente que el art. 301.1 CP busca castigar *cualquier* conducta que sea llevada a cabo con la finalidad especial de ocultar o ayudar a terceros (y que los verbos contenidos en el tipo no son más que ejemplos de posibles modos de realización de dicha finalidad). En su opinión, debe excluirse cualquier interpretación que conlleve el castigo de la modalidad imprudente, quedando esta posibilidad reservada al castigo de las conductas descritas en el art. 301.2 CP.

Para dar por concluido el análisis del apartado 1 del art. 301 CP, a continuación se estudiará una tercera posibilidad formulada por la doctrina para analizar la posibilidad de castigo del art. 301.1CP por imprudencia grave. Se trata de postulados que entienden que la normativa reseñada contiene, en realidad, un tipo penal de resultado cortado<sup>519</sup>, esto es, un tipo caracterizado por que la intención que debe acompañar a la ejecución de la conducta típica y el resultado esperado por el autor constituyen momentos independientes entre sí. En estos términos, si la conducta inicial puede ser objetivamente imputada al autor, entonces no será necesario que llegue a producirse el resultado para que esta pueda ser castigada<sup>520</sup>.

En otras palabras, los casos de blanqueo definidos por el art. 301.1 CP están compuestos por un *primer momento* de la conducta típica, caracterizado por actos objetivos (adquirir, transmitir, etc.) dotados de la capacidad para encubrir el origen ilícito del bien. La comprobación de la realización de dichos actos sería

---

<sup>518</sup> DEL CARPIO DELGADO, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, 1997; PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales*, 2000, p. 333, 592.

<sup>519</sup> SUAREZ GONZALEZ, *Revista Chilena de Derecho*, (22 - 2), 1995, p. 153; BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2015, p. 547. Según este autor, no se exige ningún resultado para la realización del tipo del art. 301.1 CP.

<sup>520</sup> MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, p. 236



suficiente para justificar el castigo, pero si el autor –adicionalmente– obtiene el resultado final de blanquear el capital, simplemente se configura el resultado cobijado por la finalidad especial del autor, sin que con ello se condicione el momento de definición de la pena correspondiente. En otras palabras, si la primera parte de las conductas objetivas se realiza por imprudencia, la comisión del tipo penal se habrá perfeccionado –el resultado *cortado* no condiciona la aplicación del tipo<sup>521</sup>–.

Ahora bien, todos los razonamientos que acaban de exponerse pierden relevancia si se entiende que los actos descritos en el art. 301.1 CP constituyen, en realidad, una modalidad de delito de peligro<sup>522</sup>: que no son más que la descripción de las fases preparatorias del delito de blanqueo<sup>523</sup> y, en este sentido, solo se encuentran destinados a delimitar el campo de aplicación de las conductas de tentativa<sup>524</sup> o a ser actos preparatorios del 301.2 CP. El reconocimiento de una idea como esta tendría consecuencias inmediatas en materia de aplicación del castigo por la comisión imprudente del BdeC pues, atendiendo a los criterios rectores de la parte general, no es posible castigar la tentativa, la complicidad o la inducción imprudentes. En este escenario, solo sería posible considerar la posibilidad de imputar a título de cooperación necesaria por imprudencia o de autoría

---

<sup>521</sup> De acuerdo con esta opinión, el elemento volitivo del dolo da lugar a un tipo penal de resultado cortado, en el cual es irrelevante la voluntad del autor (de ocultar el origen o ayudar a alguien), voluntad que, en consecuencia puede o no se comprobada, siempre y cuando el autor haya empleado conductas con el sentido inequívoco de ocultar o encubrir el origen ilícito del capital. BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2015, p. 813; MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 2015, p. 491.

<sup>522</sup> Exactamente de esta forma se interpreta el tipo penal alemán, que interpreta algunos de los verbos típicos como conductas de peligro de blanqueo, por dificultar la investigación del origen, la ubicación o la titularidad del bien por parte de la administración pública. Cfr. ALTENHAIN, «§261», *NK-StGB. Band III*, 2005, p. 521; SCHMIDT/KRAUSE, «§261», *LK-StGB*, 2010, nm. 17. Crítico al respecto: LAMPE, *JZ*, (3), 1994, p. 131.

<sup>523</sup> En opinión de BLANCO CORDERO, la distinción práctica existente entre los apartados 1º y 2º del art. 301 es mínima. En realidad los verbos del artículo 301.1 están incluidos en el sentido del 301.2. Este último sería solamente una forma más genérica, utilizada para definir los actos de blanqueo de capitales. En palabras de este autor, “la realización de cualquier otro acto para ocultar o encubrir los bienes está tipificando, de manera autónoma, un delito de tentativa de favorecimiento real o de auxilio complementario. Son actuaciones ocultadoras o encubridoras de bienes, sin ánimo de lucro, que no exigen que efectivamente se produzca como resultado la ocultación o encubrimiento de los bienes de procedencia delictiva”, BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2015 p. 311; SUÁREZ GONZALEZ, *Revista Chilena de Derecho*, (22 - 2), 1995, p. 134.

<sup>524</sup> VOGEL, *ZStW*, (2 - 109), 1997, p. 341. El autor critica la línea asumida por la Convención de Viena y por las Directivas Europeas, instrumentos que adoptan la línea de incriminación explícita de la tentativa y la participación, elementos que pueden tener problemas de adecuación con los principios constitucionales.

imprudente de actos preparatorios<sup>525</sup>. Como ya se ha mencionado, aunque el art. 301.2 CP castiga los actos de ocultación o encubrimiento de los bienes *a sabiendas* de su origen ilícito, esta referencia al conocimiento, en mi opinión, no impide el castigo por imprudencia grave.

En síntesis, los razonamientos presentados en los párrafos anteriores pueden ser resumidos de la siguiente manera: partiendo de una interpretación literal del tipo, es admisible castigar por imprudencia grave las conductas de adquisición, posesión, utilización, conversión, o transmisión de bienes de origen ilícito, bien sea porque la utilización de las expresiones “sabiendo” o “a sabiendas” es redundante y no da lugar a la comprensión de un tipo exclusivamente doloso, o porque la estipulación de los fines especiales de ocultar o ayudar a terceros configuran un delito de resultado cortado que no excluye –dogmáticamente– la posibilidad de la comisión de actos de blanqueo por imprudencia grave.

En definitiva, en mi opinión, la realización del tipo penal debería estar determinada, en la práctica, por la realización de actos que, objetivamente, tengan el sentido de blanquear capitales, es decir, el sentido de romper el vínculo del origen ilícito del bien para presentarlo como una ganancia obtenida lícitamente. Solo cuando haya logrado demostrarse que estas conductas son objetivamente punibles tendrá sentido proceder con la evaluación del tipo subjetivo<sup>526</sup>. Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria se decantan por una comprensión del tipo distinta, al condicionar la imputación del art. 301.1 CP a aquellas situaciones en las que pueda constatarse la existencia de una finalidad de blanquear, excluyéndose así la posibilidad de castigar la comisión imprudente. En este contexto, solo sería posible la comisión imprudente del art. 301.2 CP, de la ocultación y del encubrimiento de la naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos existentes sobre los bienes o acerca de la propiedad de los mismos. No existirían obstáculos para castigar las conductas materiales de ocultación y encubrimiento del apartado 2º, realizadas

---

<sup>525</sup> En este sentido: KNORZ, *Der Unrechtsgehalt des § 261 StGB*, 1996, p. 177. Sostiene el autor: “ein Verschleierungstatbestand handelt es sich materiell um zur Täterschaft erhobene Beihilfehandlungen. Entgegen der klassischen Dogmatikist nach §261 Abs.1, S. 1, 1 und 2. Alt., Abs.3 sogar die versuchte Beihilfe strafbar. Noch weiter geht der Vereitelungstatbestand, wonach als Täter sogar bestraft wird, wer materiell lediglich in einem unbestimmten Vorbereitungsstadium potentiell unterstützend tätig wird“.

<sup>526</sup> Cfr. CALDERÓN TELLO, *El delito de blanqueo de capitales: problemas en torno a la imprudencia y a la receptación*, 2016, p. 183.

con cualquier elemento subjetivo, a saber, dolo directo, dolo eventual o imprudencia grave.

Dicho lo anterior, es conveniente recordar lo discutido acerca del injusto característico de los sujetos obligados, adoptado para amenazarlos con la imposición de castigos sin no se deciden a ayudar en tareas de aislamiento de los autores de delito antecedentes y a colaborar con la Administración de Justicia<sup>527</sup>. En definitiva, un análisis de *lege lata* permite afirmar que las infracciones de deberes por parte de los sujetos obligados, se inscriben en el grupo de conductas castigadas por el art. 301.1CP, pero también en los supuestos de ocultación de la ubicación, destino, movimiento o derechos existentes sobre los bienes ilícitos.

No deja de sorprender que haya sido necesario desarrollar un andamiaje dogmático tan complejo para lograr justificar una aplicación razonable del tipo de BdeC por imprudencia grave. A mi juicio, esta situación solo es una muestra más de que el castigo por imprudencia grave tiene como finalidad implícita, evidentemente, adaptar el tipo básico de blanqueo, de tal suerte que pueda ser utilizado para instar a los sujetos obligados a cumplir las reglas administrativas de control y prevención del BdeC.

Una lógica interpretativa forzada y una complejidad semántica como la del tipo que ha ocupado nuestra atención, son elementos adecuados para permitir, de forma subrepticia, el castigo indirecto de los sujetos obligados, por su negligencia o falta de disposición a colaborar con el Estado en el desarrollo de tareas de denuncia de delitos o de vigilancia de los bienes objeto de las transacciones que supervisan. Esta situación se ve agravada, además, como consecuencia de la falta de determinación del tipo y del carácter “no-taxativo”<sup>528</sup> del injusto típico de los sujetos obligados.

## 1.2 Contenido de la imprudencia en el BdeC

Habiendo concluido el análisis de los supuestos del BdeC en los que es posible castigar la imprudencia y, una vez superados los posibles obstáculos para el castigo del blanqueo imprudente que se identifican en la redacción del tipo penal,

---

<sup>527</sup> Cfr. ALTENHAIN, «§261», *NK-StGB. Band III*, 2005, nm. 137.

<sup>528</sup> La doctrina ha formulado múltiples críticas a la falta de taxatividad y de claridad del mandato de determinación de la norma penal de blanqueo, particularmente en el caso del blanqueo imprudente de los sujetos obligados. BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2015, p. 878.

es necesario evaluar cuáles son las características y la extensión del concepto de imprudencia grave contenido en el art. 301.3 CP, así como del grado de conocimiento requerido y los deberes de cuidado que deben ser infringidos para configurarla.

a) *Imprudencia grave*

En líneas generales, la imprudencia grave equivale a lo que solía denominarse “imprudencia temeraria<sup>529</sup>”, y es definida como “la omisión de todas las precauciones o medidas de cuidado o al menos una grave infracción de normas elementales de cuidado”<sup>530</sup>. Concretamente, para definir la imprudencia grave es necesario determinar el momento en cual, el (bajo) nivel de cuidado debido –o exigible–, convierte a una conducta descuidada en *gravemente* descuidada. Son variados los factores que pueden influir en la determinación de la gravedad de la conducta, tales como la naturaleza y complejidad de las normas de cuidado evaluadas, la valoración social del riesgo o la identificación de ciertas características especiales del autor<sup>531</sup>. Tradicionalmente, los preceptos normativos de la Parte General han considerado que el criterio de definición de la conducta negligente, de carácter grave, es el comportamiento del “hombre menos diligente”<sup>532</sup>. En este punto, debe recordarse que, la atribución del rol de sujeto obligado implica, automáticamente, la exigencia de un mayor grado de conocimiento de las normas de cuidado, al igual que de las expectativas sociales existentes frente a su ámbito de actuación. En consecuencia, el criterio de definición de la conducta negligente, de carácter grave, utilizado frente a los sujetos obligados deberá ser el “sujeto obligado menos diligente”, que se encuentra vinculado al cumplimiento de las reglas de cuidado previstas legalmente.

Prosiguiendo con la interpretación general de la imprudencia grave, resulta plausible supeditar su castigo a la comprobación de dos elementos centrales: por un lado, la gravedad del resultado o la relevancia del bien protegido<sup>533</sup>; y, por otro, el “mínimo” esfuerzo demostrado por el autor para cumplir con las normas básicas de cuidado o adoptar las medidas de prevención del riesgo.

---

<sup>529</sup> Vid. MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, p. 295.

<sup>530</sup> Así, HAVA GARCIA, *La imprudencia inconsciente*, 2002, p. 180.

<sup>531</sup> Vid. HAVA GARCIA, *La imprudencia inconsciente*, 2002, p. 180; MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, p. 295.

<sup>532</sup> Cfr. MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, p. 295.

<sup>533</sup> Así, BIRNBAUM, *Leichtfertigkeit: zwischen Fahrlässigkeit und Vorsatz*, 2000, pp. 163 ss.

Adicionalmente, es posible defender que, en algunas ocasiones, será necesario realizar una ponderación entre ambos elementos. Tal será el caso de situaciones en las que, por ejemplo, mientras el bien jurídico protegido no es particularmente relevante, sí es posible constatar la generación de un daño extremadamente grave: en este evento podrá sostenerse la existencia de imprudencia grave, tomando como fundamento la infracción gravísima de las medidas de cuidado<sup>534</sup>. De igual forma, en el caso concreto del BdeC, las operaciones llevadas a cabo con imprudencia grave, en el ámbito de aplicación del art. 301.3CP, equivalen, en teoría, a descuidos elementales en el manejo cotidiano de medios de pago y en la realización de transferencias de bienes a ciudadano comunes; se trata, comúnmente, de una falta de diligencia rayana en la desidia por parte del sujeto obligado al momento de realizar y vigilar transacciones con contenido económico<sup>535</sup>.

La cercanía del concepto de imprudencia grave con los niveles más bajos del dolo eventual<sup>536</sup> ha llevado a que algunos autores lo comparen con los supuestos de ignorancia deliberada<sup>537</sup>. A modo de excursus, hay que decir que se trata de un planteamiento equivocado. Como acertadamente subraya JAKOBS, el autor doloso interpreta el riesgo de realización del tipo, decidiendo que no es relevante para el contenido de su decisión de realización, mientras que el autor imprudente define y comprende la situación, pero actúa de modo incompleto<sup>538</sup>.

Esta cercanía aparente con el dolo eventual, también se reproduce al analizar la situación del ordenamiento jurídico más cercano que ha adoptado el tipo de

---

<sup>534</sup> Vid. BIRNBAUM, *Leichtfertigkeit: zwischen Fahrlässigkeit und Vorsatz*, 2000, p. 166.

<sup>535</sup> Cfr. VARELA, «25 aniversario del blanqueo imprudente: un par de cuestiones aún por debatir», *La Ley Penal*, (128), 2017, p. 58; CALDERÓN TELLO, *El delito de blanqueo de capitales: problemas en torno a la imprudencia y a la receptación*, 2016, p. 95. Como sostiene este autor, “su comportamiento típico objetivamente se explica como una falta de previsión porque se infringió el deber de conocer y así evitar individualmente el comportamiento típico”.

<sup>536</sup> La jurisprudencia reconoce la dificultad de identificar con claridad los deberes de cuidado que caracterizan a la imprudencia grave. Vid. STS 1034/2005 (ponente Monterde Ferrer), que afirma que “la distinción entre imprudencia grave y leve, a pesar de su sutileza y dificultad, radicará en la gravedad de la infracción de la norma de cuidado, caracterizándose la primera por la omisión de todas las precauciones o al menos una grave infracción de normas elementales de cuidado”.

<sup>537</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2015, p. 875; KNORZ, *Der Unrechtsgehalt des § 261 StGB*, 1996, p. 188. Este último autor sostiene que la incriminación de la imprudencia grave/temeridad en el blanqueo representa una solución para el castigo de los supuestos de “*Nichtwissenwollens*”.

<sup>538</sup> Cfr. JAKOBS, «Indiferencia como dolo indirecto», en ZUGALDÍA ESPINAR/BARJA DE QUIROGA (eds.), *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo, vol. 1*, 2004, p. 353. También KINDHÄUSER, «¿Qué es la imprudencia?», *ADPE*, (2), 2012

blanqueo por imprudencia grave. En la legislación alemana, el término empleado para definir la imprudencia grave en el BdeC (§ 261 StGB) es “temeridad”<sup>539</sup> (*Leichtfertigkeit*) o imprudencia burda<sup>540</sup>, concepto que se diferencia –incluso en su origen– de la tradicional denominación de imprudencia ordinaria (*Fahrlässigkeit*)<sup>541</sup>. En efecto la doctrina reconoce que se trata de la adopción del concepto de imprudencia civil<sup>542</sup>, que se aplica de forma excepcional en el ámbito del Derecho penal.

El recurso a la expresión “temeridad” para calificar la comisión de ciertas conductas de BdeC parece querer indicar la exigencia de una negligencia más intensa que aquella requerida para la configuración de situaciones de la imprudencia grave mencionada en el art. 301 CP. En esta medida, la doctrina alemana se refiere a ella (*Leichtfertigkeit*), como una combinación impropia entre el dolo y la imprudencia<sup>543</sup>, que abarca una conducta del autor casi indistinguible de la indiferencia frente al resultado<sup>544</sup>. Por esta razón, no resulta extraño toparse con interpretaciones doctrinales que proponen limitar el ámbito de aplicación de la temeridad a los delitos cualificados por el resultado<sup>545</sup>. Conceptualmente hablando, estos delitos se caracterizan por el hecho de que, por la ocurrencia de un resultado inesperado, sumamente gravoso, se asigna una mayor gravedad a la conducta y, consecuentemente, una pena más alta –razón por la cual suele

---

<sup>539</sup> Vid. JESCHECK/WEIGEND, *PG*, 2002, p. 280, según la traducción adoptada en el citado manual. La doctrina alemana también utiliza la expresión *Rücksichtslosigkeit*, falta de cuidado, para referirse a los supuestos de temeridad. BIRNBAUM, *Leichtfertigkeit: zwischen Fahrlässigkeit und Vorsatz*, 2000, p. 201.

<sup>540</sup> Cfr. ROXIN, *AT, Band I*, 4ª ed., 2006, §24, nm. 82. El autor menciona que se trata del concepto llamado “*grobe Fahrlässigkeit*”. Sin embargo, menciona JAKOBS, (*PG*, 1997, §9, nm. 23) que hasta la fecha no está claramente definido por la doctrina lo que realmente significa una imprudencia “burda”. En el mismo sentido, a respecto del BdeC, vid. KNORZ, *Der Unrechtsgehalt des § 261 StGB*, 1996, p. 190.

<sup>541</sup> Vid. BIRNBAUM, *Leichtfertigkeit: zwischen Fahrlässigkeit und Vorsatz*, 2000, p. 246

<sup>542</sup> Según BIRNBAUM, el concepto es interpretado en el Derecho civil como un deber elemental de saber (*Wissenmüssen*) y de conocer (*Kennenmüssen*), que se admite como elemento presunto de prueba, es decir, se asume que dichos conocimientos existen y corresponde a la parte acusada probar que desconocía (puede definirse como una modulación de la inversión de la carga de la prueba en materia civil). (*Leichtfertigkeit: zwischen Fahrlässigkeit und Vorsatz*, 2000, p. 234.)

<sup>543</sup> Vid. JESCHECK/WEIGEND, *PG*, 2002, p. 614. Para el caso concreto de la temeridad en el BdeC, vid. ALTENHAIN, «§261», *NK-StGB. Band III*, 2005, nm. 137.

<sup>544</sup> Cfr. JAKOBS, en ZUGALDÍA ESPINAR/BARJA DE QUIROGA (eds.), *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo, vol. 1*, 2004, p. 347.

<sup>545</sup> Vid. JESCHECK/WEIGEND, *PG*, 2002, p. 614. Los delitos cualificados por el resultado son, por ejemplo, los delitos preterintencionales. Este tipo de delitos se estructura sobre la base de un delito doloso, que deriva en la generación de un resultado más grave al inicialmente querido por el autor. En realidad, el elemento doloso del tipo originalmente deseado debe contener, como mínimo, la comisión de una infracción administrativa, de una contravención disciplinaria o de cualquier otra acción antijurídica, que adquiere una especial importancia por haber originado la producción de un resultado de peligro, MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, §9, nm. 45.

exigirse un resultado de lesión y no de mero peligro<sup>546</sup>-. Aunque no dedicaremos muchas líneas al análisis de esta postura, basta con decir que, para la doctrina mayoritaria, los delitos cualificados por el resultado son el reflejo de un sistema peligrosamente cercano a la atribución de una responsabilidad objetiva por el resultado<sup>547</sup> *-versari in re ilícita*<sup>548</sup>-.

De ese modo, si se compara el concepto de imprudencia temeraria del tipo alemán con la imprudencia grave del tipo español, parece que, en este contexto, el adjetivo “temerario” es más riguroso que “grave”. Esto permite afirmar, que la conducta que se sanciona por el tipo alemán deba ser todavía más reprochable (y grave) que la que define el contenido del art. 301.3 CP<sup>549</sup>.

Ahora bien, asumiendo que el castigo de la imprudencia grave o de la temeridad es el resultado de una combinación entre la lesión de un bien jurídico particularmente importante con el desarrollo de una conducta extremadamente descuidada por parte del autor, hay que preguntarse, si esta figura puede aplicarse efectivamente al caso del BdeC. Es decir, debe comenzar por definirse si el

---

<sup>546</sup> Cfr. ROXIN, *AT, Band I*, 4ª ed., 2006, §10, nm. 118; JAKOBS, *PG*, 1997, §9, nm. 24.

<sup>547</sup> ROXIN, *AT, Band I*, 4ª ed., 2006, §10, nm. 110.

<sup>548</sup> Cómo sostiene FABIÁN CAPARRÓS, el tipo de blanqueo imprudente traslada las cláusulas generales de los sistemas de *crimen culpa*, y el legislador no crea un tipo distinto, capaz de describir las conductas basadas en la infracción del deber de diligencia, sino que opta por remitirse a las correspondientes figuras dolosas. FABIÁN CAPARRÓS, en BERDUGO/BECHARA (eds.), *Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña*, 2013, p. 360.

<sup>549</sup> Al respecto, CALDERÓN TELLO sostiene que el concepto de temeridad en la doctrina alemana es equivalente al concepto de imprudencia grave en el ordenamiento español, pues el CP 1995 sustituyó la imprudencia temeraria del art. 565 del anterior CP por la imprudencia grave actual. (CALDERÓN TELLO, *El delito de blanqueo de capitales: problemas en torno a la imprudencia y a la receptación*, 2016, p. 136). Sin embargo, en mi opinión, aunque ambos conceptos comparten una raíz común, en el caso de delitos tan normativizados –como es el caso del BdeC–, sus similitudes tienden a diluirse. Así, es claro que la conducta temeraria o burda en el sentido penal se diferencia de una conducta grave. Normalmente, cuando el legislador español decide utilizar el primero de los términos mencionados, lo hace, como en el caso del art. 380 CP, en el capítulo de los delitos contra la seguridad vial, en el que expresamente se refiere a la “temeridad manifiesta” en la conducción de un vehículo automotor. En segundo lugar, lo que considero más relevante para el caso concreto del BdeC cometido por imprudencia grave, es que estos conceptos no son equivalentes en la actualidad porque la aplicación práctica de la imprudencia grave ha sufrido un cambio generalizado en la interpretación legislativa española. En efecto, como indica MIR PUIG, la jurisprudencia ha comenzado a aceptar grados de imprudencia que no se corresponden con situaciones de temeridad, sino, más bien, de imprudencia media. Además, afirma que la jurisprudencia del TS acerca de la imprudencia grave “se contenta en muchos casos con la infracción de las normas que observaría una persona media”, es decir, no el sujeto más descuidado (MIR PUIG, *PG*, 2016, §11, nm. 10). Independientemente de lo anterior, debe quedar claro que existen dificultades sustanciales para aplicar la definición teórica de la imprudencia grave en la práctica jurídica, pues el contenido de la “gravedad” va siendo modificado conforme cambia la jurisprudencia, sobre todo en lo que tiene que ver con el grado de negligencia o con la gravedad de la infracción de cuidado que se exigen.

resultado del blanqueo de capitales es realmente tan grave como para justificar un castigo de esta magnitud. O, lo que es lo mismo, debe determinarse qué conducta puede llegar a ser tan descuidada en el contexto de las transacciones financieras, como para justificar este castigo. Respetando las críticas que puedan formularse, en mi opinión, los intereses de la Administración de Justicia en sentido funcional (si es que se reconoce que este es el interés protegido) no son lo suficientemente importantes como para comparar su lesión con aquellas que se generan a los bienes jurídicos protegidos por los delitos contra la vida o la integridad física.

A continuación, es preciso preguntarse cuál es el grado de cuidado elemental exigido en el ámbito de las operaciones de BdeC: ¿el parangón de cuidado del conocimiento profano en el manejo cotidiano del dinero?, o ¿deberes de cuidado formales desarrollados para regular operaciones complejas? Además, ¿se trata de conductas de cuidado realizadas por cualquier sujeto? Frente a este último interrogante hay que precisar que, incluso los “deberes de cuidado más elementales” suscitan un complejo debate práctico, realizado en torno a la relación existente entre los deberes especiales de los sujetos obligados y los niveles de conocimiento que deberán ser considerados “elementales” para estos. Como bien afirma ACKERMANN, es considerablemente difícil delimitar la medida del cuidado debido en el ámbito del BdeC, lo que genera una potencial vulneración del principio de determinación de la norma penal<sup>550</sup>.

Por ejemplo, los deberes de cuidado asignados a los trabajadores de entidades financieras –que conforman el grupo más expuesto al castigo por blanqueo imprudente– no son, naturalmente, elementales, sino que responden a protocolos avanzados y a un extenso referente normativo<sup>551</sup>. Consecuentemente, será difícil

---

<sup>550</sup> Así, ACKERMANN, *Geldwäscherei - Money Laundering. Eine vergleichende Darstellung des Rechts und der Erscheinungsformen in den USA und der Schweiz*, 1992, p. 89.

<sup>551</sup> Al respecto, BERMEJO afirma que: “No cabe duda de que con esta regulación todos los que participan en el tráfico comercial, aun los empleados de las entidades bancarias, deben cargar con este riesgo jurídico. El conflicto de fines entre una efectiva persecución penal y la seguridad jurídica de quienes participan en el tráfico mercantil ha pretendido resolverse de forma razonable a través de la sanción de la comisión imprudente (...) con el estándar de la imprudencia grave”. BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 380. En el mismo sentido, GÓMEZ INIESTA, *El delito de blanqueo de capitales en Derecho español*, 1996, p. 59. Este autor advierte que se trata de una posibilidad que siempre está presente para los empleados de banca y, por ello, ha sido ampliamente criticada por la doctrina. En síntesis, sostiene que: “a través de este precepto se advierte 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



para estos sujetos –en el marco cotidiano de transacciones complejas en el que normalmente se desenvuelven– decidir si se encuentran frente a una sospecha fundada de origen ilícito, o si se trata solamente de una transacción irrelevante<sup>552</sup>, que, en todo caso, posteriormente podrá resultar implicando actos de blanqueo<sup>553</sup>. Por razones como esta, es determinante revisar y delimitar juiciosamente los criterios que serán utilizados para definir, consistentemente, las consecuencias derivadas del incumplimiento de las medidas de cuidado<sup>554</sup>. En efecto, lejos de ser un tema pacífico, hay quienes sostienen que los negocios de menor porte o el comercio de la vida cotidiana deberían ubicarse por fuera del ámbito de protección de la norma del BdeC imprudente, de tal suerte que, solamente las operaciones de mayor monto de grandes empresas o las actuaciones de los sujetos obligados directamente involucrados<sup>555</sup> sean objeto de la regulación.

---

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”.  
<sup>552</sup> Es posible que investigaciones posteriores sobre el mismo cliente (cuando se analiza el historial de su actividad o se le somete a la comparación con otras tipologías de blanqueo) revelen el carácter sospechoso de la operación, –luego de que esta se haya concretado–. De otro lado, llama la atención el hecho de que la Ley administrativa no ofrezca una orientación clara sobre cómo deben proceder los sujetos obligados en esta última hipótesis o, en el mismo sentido, que no determine el deber de interrumpir la operación cuando se evencien elementos sospechosos, que pueden llevar a pensar en el blanqueo. En realidad, la Ley 10/2010 solamente determina que el sujeto obligado debe interrumpir la relación de negocios en el supuesto en que no sea posible aplicar las medidas de diligencia debida. Así, si es posible aplicar dichas medidas, y solo *a posteriori* se identifica la apariencia de ilicitud del capital, el sujeto obligado únicamente deberá informar acerca de la ocurrencia de la operación. Como sostiene TAKATS, la institución bancaria solo será sancionada por la UIF en los supuestos de “falsos negativos”, es decir, por no haber reportado transacciones que parecían lícitas pero que, con posterioridad, demostraron ser actos de blanqueo de capitales. (TAKATS, «A Theory of “Crying Wolf”: The Economics of Money Laundering Enforcement», *Journal of Law, Economics, and Organization*, (27 - 1), 2011, p. 35.) Una de las soluciones adoptadas por los bancos para evitar sanciones en los casos de dudas sobre la ilicitud de la operación es el llamado “informe defensivo” (*defensive reporting*), es decir, en el caso de existir incertidumbre sobre una operación potencialmente sospechosa, el banco remite a la UIF toda la información que posee, distorsionando así la obligación de análisis previo de la sospecha. MASCIANDARO/PELLEGRINA, *Review of law and economics*, (5 - 2), 2009, p. 4. Una hipótesis que podría explicar el silencio de la Ley frente a estos casos es que, en mi opinión, para lograr satisfacer las finalidades preventivas de la UIF, es más importante el envío de datos que la ejecución de la tarea de *gatekeeper*, consistente en bloquear la realización de la operación. Esta es una simple especulación, pues, desde el punto de vista legal, los sujetos obligados deben conocer al cliente, abstenerse de seguir con la operación cuando tenga el conocimiento del origen ilícito del valor y, en caso de que el conocimiento sea tardío, deben comunicar inmediatamente la información de la transacción al Sepblac.

<sup>553</sup> Cfr. KAUFMANN, *Die Bedeutung der Einbeziehung von Bankmitarbeitern in die strafrechtliche Bekämpfung der Geldwäsche*, 2001, p. 93; ALLDRIDGE, *What went wrong with money laundering law?*, 2016, p. 40.

<sup>554</sup> Vid. FISCHER, Eva, *Die Strafbarkeit von Mitarbeitern der Kreditinstitute wegen Geldwäsche*, 2011, p. 93; NEUHEUSER, «§ 261», *MK-StGB*, 2012, nm. 89; SCHMIDT/KRAUSE, «§ 261», *LK-StGB*, 2010, nm. 38. Más favorable a la responsabilidad de los empleados de banca, BLANCO CORDERO, *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales*, 1999.

<sup>555</sup> Vid. SCHMIDT/KRAUSE, «§ 261», *LK-StGB*, 2010, nm. 38.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, es pertinente esbozar dos conclusiones provisionales, una de índole dogmática y otra de índole práctica. En términos teóricos, una revisión de los intereses jurídicos protegidos por el tipo de blanqueo, sumada al nivel de complejidad inherente a las transacciones financieras, permite concluir que, en términos dogmáticos, no es posible identificar en el ámbito del BdeC las condiciones exigidas tradicionalmente para castigar conductas de imprudencia grave. Lo anterior puesto que, como ya se ha mencionado, resulta sumamente difícil asignar, en este contexto, una relevancia considerable al bien jurídico protegido cuando se le compara con los bienes que tradicionalmente se resguardan con el castigo de la imprudencia grave (delitos calificados por el resultado, delitos contra la vida o la integridad física, etc.). Además, porque el tráfico financiero involucra el cumplimiento de deberes específicos y complejos, cuya comprensión, en la mayoría de los casos, está restringida a unos pocos sectores e individuos especializados.

Más allá de las dificultades dogmáticas que se identifican en la estructura general del tipo que consagra la comisión del BdeC por imprudencia grave, es preciso reconocer una innegable consideración del orden práctico: el castigo de estas conductas tiene un origen raíz político-criminal, y se encuentra asentado en la necesidad de servir de “un refuerzo jurídico-penal de los deberes de colaboración que deben cumplir los profesionales, directivos y empleados del sector privado”<sup>556</sup>.

En definitiva, como ya parece ser costumbre frente a cualquier análisis referido al BdeC, este no es más que otro ejemplo de cómo se relativizan los límites dogmáticos y jurídicos en el contexto del control jurídico-penal de este delito, favoreciéndose, en su lugar, la protección de objetivos político-criminales de monitoreo del capital ilícito, objetivos ampliamente cuestionables. Como acertadamente ha subrayado SILVA SÁNCHEZ, el blanqueo de capitales constituye “una manifestación paradigmática del proceso de expansión del Derecho penal”<sup>557</sup>, y ello se hace evidente, también en las amplias interpretaciones de

---

<sup>556</sup> BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 382.

<sup>557</sup> SILVA SÁNCHEZ, en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (eds.), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, 2011, p. 131. En el mismo sentido: BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 276.

conceptos de la parte general, como el contenido del dolo y la imprudencia grave o la imputación a título de comisión por omisión.

*b) Imprudencia grave respecto al desconocimiento del origen ilícito*

El estudio detallado del contenido del art. 301CP ha permitido concluir que, a través del mismo, se castigan, tanto la realización imprudente de los actos de ocultación y encubrimiento –sobre todo, la ejecución de conductas por imprudencia grave relativas a la determinación del origen ilícito del bien–, como el desconocimiento del origen del bien, derivado de una aplicación defectuosa o incompleta –a título de imprudencia grave o dolo eventual<sup>558</sup>– de los deberes de análisis e investigación del origen del capital.

En este último grupo de conductas penalizadas, la conexión existente entre los deberes secundarios de identificación del cliente y la correcta ejecución de las demás medidas de diligencia debida, adecuadas para permitir reconocer el origen ilícito del bien, lleva a concluir que el castigo de la imprudencia grave se acerca, en el contexto del BdeC, a los supuestos de ceguera ante los hechos<sup>559</sup>. En efecto, como lo define la doctrina, esta *ceguera* puede presentarse incluso con anterioridad a la ocurrencia del último comportamiento peligroso identificado, de modo que el autor no se encuentre en condiciones de percatarse del riesgo de su comportamiento, justamente anterior a la realización del tipo (porque, por ejemplo, la ceguera anterior desencadena una visión equivocada o insuficiente a la hora de valorar los hechos prohibidos por el tipo)<sup>560</sup>.

Así, analizado en estos términos, el recurso a la imprudencia grave en los tipos penales de blanqueo parece ser, más bien, una estrategia para castigar con una pena agravada aquellas conductas frente a las cuales es difícil identificar el elemento de conocimiento característico del dolo (por ejemplo, el conocimiento certero del origen ilícito del bien). Pero que, en cualquier caso, son altamente

---

<sup>558</sup> Sin dejar a un lado el complejo proceso de determinación de los límites mínimos de la infracción de la norma administrativa, necesarios para configurar el tipo de blanqueo imprudente. BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 387 Cfr. VARELA, *La Ley Penal*, (128), 2017, nota al pié n. 65.

<sup>559</sup> Cfr. JAKOBS, *PG*, 1997, §8, nm. 5a. Acerca de la práctica de blanqueo, vid. FABIÁN CAPARRÓS, *Revista General de Derecho Penal*, (16), 2011, pp. 13 ss.

<sup>560</sup> Vid. JAKOBS, *PG*, 1997, §8, nm. 5b.

reprochables (tanto por la magnitud del riesgo que generan, como por significar la inobservancia de las reglas mínimas de cuidado).

De hecho, los defensores de las teorías subjetivas sostienen que el dolo se caracteriza por el conocimiento (y/o voluntariedad), mientras que la imprudencia acoge los supuestos de desconocimiento, en las modalidades de culpa consciente o culpa inconsciente. Cuando se exige la comprobación del conocimiento como criterio definitorio del dolo<sup>561</sup>, no es posible aceptar –lógicamente– la existencia de supuestos de desconocimiento derivados de una ceguera frente a los hechos y, mucho menos, los casos de ignorancia deliberada. Sin embargo, pueden existir riesgos producidos o resultados provocados –a través de actuaciones no-dolosas– que revistan una gravedad tal, que deban ser considerados merecedores de una pena equivalente a la pena del delito doloso. Para subsanar este aparente vacío estructural, las teorías subjetivas proponen castigar los casos de imprudencia grave como supuestos de imprudencia (por faltar el conocimiento cierto, característico del dolo), pero con una pena superior a la prevista para la imprudencia simple. Para las teorías normativas del dolo, por su parte, el elemento de conocimiento es un concepto normativo, es decir, fundamentado en el contenido de los deberes de conocimiento del autor, vinculado, en menor medida, con la gravedad del resultado. Por consiguiente, teorías de este tipo no tienen inconveniente en castigar los supuestos de imprudencia grave como conductas dolosas, siempre y cuando el dolo sea entendido como indiferencia frente al Derecho<sup>562</sup>.

En definitiva, la imprudencia grave no es más que una figura diseñada para permitir imponer al autor *especialmente* imprudente una pena más grave que la que correspondería a la imprudencia *simple*<sup>563</sup>. De este modo, un análisis riguroso permite sostener que, mediante el contenido del art. 301.3 CP, el legislador español ha adoptado elementos de una teoría subjetivista del tipo

---

<sup>561</sup> Vid. JAKOBS, en ZUGALDÍA ESPINAR/BARJA DE QUIROGA (eds.), *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, vol. 1, 2004, p. 350.

<sup>562</sup> Vid. JAKOBS, en ZUGALDÍA ESPINAR/BARJA DE QUIROGA (eds.), *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, vol. 1, 2004, p. 349.

<sup>563</sup> Para JAKOBS, “el que carece de escrúpulos no se percató del desastre que provoca y debido a ello se encuentra en mejor situación que quien es escrupuloso. Beneficio que sólo puede explicarse a partir del interés del legislador en establecer una frontera clara y no complicada entre dolo e imprudencia”. JAKOBS, «Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos», *Estudios de Derecho penal*, 1997, p. 139.

subjetivo para castigar el desconocimiento de los hechos, haciendo hincapié en el conocimiento efectivo del autor, y no en criterios de cognoscibilidad.

En resumen, resulta coherente concluir que el castigo de la imprudencia grave, en el contexto del BdeC, responde dogmáticamente a la identificación de una necesidad de mayor castigo –equivalente al castigo de conductas dolosas–. Este razonamiento parte de la atribución de una gravedad *incrementada* a ciertos resultados de BdeC y pretende, en suma, obligar a los ciudadanos o sujetos obligados (según se entienda que el BdeC imprudente es un delito común o especial) a evitar ubicarse en una posición de ceguera ante los hechos. De esta forma, como bien lo sostiene KNORZ, el blanqueo imprudente no castiga un injusto penal, sino que en realidad tiene el objetivo de amenazar a los sujetos obligados para garantizar el cumplimiento de sus deberes administrativos, consistentes en la implementación de medidas de diligencia debida que sean suficientes para permitir reconocer el origen ilícito de bienes y/o capitales<sup>564</sup>.

### *c) Blanqueo imprudente como delito especial*

Una última cuestión, que debe ser estudiada acerca de la comisión del delito de BdeC por imprudencia grave, es la determinación de los posibles sujetos activos de este delito. Se trata, de nuevo, de un tema que ha dividido a la doctrina. De un lado, algunos autores consideran que se trata de un delito especial, es decir, que solo puede ser cometido por los sujetos obligados por el contenido de regulaciones extrapenales que contienen deberes objetivos de cuidado (pues solo estos sujetos serían los destinatarios de dichas normas)<sup>10</sup>. Por otro lado, otra parte de la doctrina afirma que la modalidad imprudente es, en realidad, un delito común dirigido tanto a sujetos obligados como no obligados<sup>611</sup>.

En concreto, parte importante de la doctrina<sup>565</sup> y la jurisprudencia españolas entiende que se trata de un delito común<sup>566</sup>, pensado para castigar especialmente

---

<sup>564</sup> KNORZ, *Der Unrechtsgehalt des § 261 StGB*, 1996, p. 201: “Nicht Unrecht zu bestrafen, sonder Mitarbeit erzwingen”

<sup>565</sup> DEL CARPIO DELGADO, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, 1997 ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, 2000, p. 284; PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales*, 2000, p. 238; CALDERÓN TELLO, *El delito de blanqueo de capitales: problemas en torno a la imprudencia y a la receptación*, 2016, p. 197. Este último autor recurre a un recorrido argumentativo curioso para sostener que el blanqueo imprudente es un delito común. Así, considera que los delitos especiales deben ser previstos por ley y que corresponden a delitos de infracción de deber, siguiendo los razonamientos de SÁNCHEZ VERA. En consecuencia, como considera que el delito de blanqueo es un

a aquellas personas que se dejan engañar, cediendo el uso de su cuenta corriente a terceros. En efecto, si se considera que el blanqueo imprudente es un delito común, la falta de ciertos cuidados elementales en el manejo de las cuentas bancarias o de negocios profesionales puede dar lugar a la realización de operaciones de blanqueo imprudente<sup>567</sup>. Con esto no quiere decirse que las conductas de este tipo son –sin ningún tipo de análisis adicional– merecedoras de pena. En primer lugar, es necesario reconocer que, el castigo de estas conductas implica la atribución a todos los ciudadanos de deberes de cuidado generales, referidos a la protección del tráfico económico. Esta es una consecuencia que debe ser, como mínimo, cuestionada en dos aspectos fundamentales: por un lado, en lo relativo a la determinación de los criterios utilizados para definir el grado de conocimiento exigible a los sujetos que acceden a los servicios bancarios más elementales y, por otro, en lo que tiene que ver con la plausibilidad del castigo, por imprudencia, de delitos de carácter económico.

---

delito de organización y no de infracción de deber, precisa que solo sería posible calificar al blanqueo imprudente como un delito común. En mi opinión, se trata de una conclusión desacertada: estamos frente a planos dogmáticos distintos y, por esta razón, resulta lógico identificar a los delitos especiales como delitos de infracción de deber. No se trata, entonces, de una construcción razonable para justificar la calificación del blanqueo imprudente como delito común.

<sup>566</sup> En efecto, esta es la conclusión a que llega el Tribunal Supremo (STS 1034/2005, ponente Monterde Ferrer), al condenar a una persona por realizar cuatro ingresos en efectivo en su cuenta para proceder, seguidamente, a transferir esos dichos montos, en dólares (USD 135 mil), a cuentas ubicadas por fuera de España. La sentencia sostiene que el autor del blanqueo imprudente pudo conocer el origen ilícito del dinero (el tráfico de drogas) y, así, evitar realizar las transferencias. La sentencia sostiene, incluso, que esta posibilidad de conocimiento no deriva de la normativa específica, sino del hecho evidente de “que todos los ciudadanos tienen un deber de diligencia que les obliga a actuar prudentemente para evitar realizar un delito de blanqueo”.

<sup>567</sup> Ese es el caso, por ejemplo, de alguien que “preste” su cuenta bancaria a cambio de una comisión, para permitir que esta cuenta sea administrada por otra persona quien la utilizará, realmente, para llevar a cabo operaciones de blanqueo. Vid. STS 830/2016, de 3 de noviembre, ponente Varela Castro. Inicialmente, la Audiencia provincial de Málaga había condenado por blanqueo de capitales imprudente a un hombre que había aceptado transferencias de valores provenientes del extranjero a cambio del pago de un porcentaje. La imprudencia en la conducta se basa, según la Audiencia, en el hecho de que los blanqueadores lograron obtener los datos bancarios con la excusa de una promesa de trabajo, sosteniendo que el titular de la cuenta debería haberse percatado de la ilegalidad de las operaciones. No obstante, la sentencia del Tribunal Supremo, absolvió al acusado al sostiene que “el blanqueo por imprudencia no deja de presentar dificultades dogmáticas, por cuanto el blanqueo de capitales es delito esencialmente doloso que incorpora incluso el elemento subjetivo del injusto consistente en conocer la ilícita procedencia de los bienes y la intención de coadyuvar a su ocultación o transformación, y porque la distinción entre culpa grave, en este caso punible, y leve, no punible, participa de la crítica general a la distinción por su “ambigüedad e inespecificidad”, y por contradecir el criterio de “taxatividad” de los tipos penales. En todo caso, reiteramos, aunque el principio de legalidad, evidentemente, obliga a considerar la comisión imprudente del delito, la imprudencia penalmente típica exige que sea grave, es decir, temeraria. De modo que el sujeto ha de saber la procedencia de los bienes por las circunstancias del caso que le ubique en condiciones de conocerlas sólo con observar las cautelas propias de su actividad y, sin embargo, haya actuado al margen de tales cautelas o inobservando los deberes de cuidado que le eran exigibles”.

Adicionalmente, el reconocimiento de la categoría de delito común es, desde una perspectiva político-criminal, una opción bastante punitiva. Ella genera, además, problemas nada despreciables en materia de determinación del nivel de cuidado objetivo que se debe tener en la vida cotidiana para no hacer parte de operaciones con dinero supuestamente ilícito. En este sentido, resulta supremamente complejo formular criterios objetivos para determinar qué comportamientos serán calificados como imprudencia grave, al margen de toda arbitrariedad<sup>568</sup>.

Un grupo de autores más reducido defiende la comprensión del BdeC imprudente como un delito especial, dirigido exclusivamente a regular comportamientos de los sujetos obligados y fundamentado en la existencia de deberes administrativos de prevención. Partiendo de esta concepción, debería entenderse que el art. 301.3 CP, tiene, en realidad, la finalidad de reforzar el cumplimiento de los deberes administrativos de prevención (en concreto, los deberes previstos en la L.O. 10/2010). Se trata, en mi opinión, de una visión mucho más coherente con el sistema integral de prevención del blanqueo que facilita, además, la comprensión de los casos de adecuación de las conductas de los sujetos obligados a las expectativas normativas contenidas en dicho sistema. En todo caso, a pesar de que sea evidente que los deberes de prevención se dirigen a los sujetos obligados<sup>569</sup>, la literalidad del tipo del art. 301.3CP no facilita la determinación de los sujetos activos de dicho delito.

Más allá de cualquier discusión adicional, la práctica del control del BdeC y la opinión de la doctrina están de acuerdo en afirmar que los sujetos obligados son quienes se encuentran en el punto de mira de la imputación de conductas de blanqueo imprudente y, en especial<sup>570</sup>, las entidades financieras y sus empleados<sup>571</sup>. Efectivamente, calificar el blanqueo por imprudencia grave como un delito especial de los sujetos obligados es, a mi juicio, la solución más adecuada –si, al fin y al cabo, se tiene que aceptar su tipificación de *lege lata*<sup>572</sup>–.

---

<sup>568</sup> Cfr. ACKERMANN, *Geldwäscherei - Money Laundering. Eine vergleichende Darstellung des Rechts und der Erscheinungsformen in den USA und der Schweiz*, 1992, p. 89.

<sup>569</sup> Esto sostiene, también, BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 381.

<sup>570</sup> Vid. BLANCO CORDERO, *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales*, 1999; FABIÁN CAPARRÓS, *Revista General de Derecho Penal*, (16), 2011, p. 15.

<sup>571</sup> Vid. BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2015, p. 880.

<sup>572</sup> Como subraya CALDERÓN TELLO, “no se escapa de la posibilidad cierta de que las conductas de blanqueo sean consecuencia de actos imprudentes en el marco del progreso técnico y científico, indiferentemente de las muchas otras formas tradicionales de un actuar falto de previsión. Ese no es el

Esto, puesto que a este grupo de sujetos le han sido asignadas normas y deberes de cuidado específicos, que permiten identificar, con más facilidad, el nivel de imprudencia grave requerido por el tipo. En esta medida, tanto los destinatarios de la norma como los operadores jurídicos contarán con reglas más claras y, además, podrán recurrir a las reglas de la praxis del sector regulado y a los conocimientos exigibles a cada uno de los roles profesionales que son considerados sujetos obligados. En concreto, al empleado de banca le es exigido un deber de cuidado intensificado en relación con transacciones financieras, mientras que al sector inmobiliario o a los abogados les es exigido el reconocimiento de operaciones inmobiliarias o jurídicas con apariencia sospechosa.

Paradójicamente, hay que reconocer que aquellos conceptos que parecen más claros en su descripción teórica (la negligencia grave, los deberes elementales, etc.) ofrecen serias dificultades al momento de ser delimitados en la práctica. Tanto las operaciones de BdeC, como las reglas de cuidado que las regulan, cuentan con un elevado nivel de complejidad que genera incertidumbres conceptuales y excluye cualquier posibilidad de catalogar como “elementales” a los múltiples elementos involucrados en el sistema de prevención y control. A modo de ejemplo, una infracción de los deberes de identificación del cliente o del deber de *examen especial*, definidos en el art. 17 de la L.O. 10/2010<sup>573</sup> como requisitos para la transmisión de información a la UIF, puede ser considerada como una actuación con imprudencia grave<sup>574</sup>. Asimismo, la ausencia de manuales internos –o las deficiencias en su aplicación– y la adopción de programas de *compliance* que no capaciten suficientemente a los empleados para reconocer las operaciones sospechosas de blanqueo, también puede ser considerados, de forma arbitraria, una manifestación de actuaciones con imprudencia grave. En síntesis, cuando se habla de los deberes de los sujetos

---

problema. La cuestión surge en el momento que el legislador decidió que el blanqueo imprudente sea punible”. (*El delito de blanqueo de capitales: problemas en torno a la imprudencia y a la receptación*, 2016, p. 73).

<sup>573</sup> “Artículo 17. Examen especial. Los sujetos obligados examinarán con especial atención cualquier hecho u operación, con independencia de su cuantía, que, por su naturaleza, pueda estar relacionado con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, reseñando por escrito los resultados del examen. En particular, los sujetos obligados examinarán con especial atención toda operación o *pauta de comportamiento compleja, inusual o sin un propósito económico o lícito aparente, o que presente indicios de simulación o fraude*”.

<sup>574</sup> Cfr. TAUBE, *Entstehung, Bedeutung und Umfang der Sorgfaltspflichten der Schweizer Banken bei der Geldwäschereiprävention im Bankenalltag*, 2013, p. 281.



obligados se está frente a una lista de deberes complejos y, tal vez solo los actos de no-implementación plena de barreras de prevención frente al BdeC debería ser considerado un hecho de imprudencia grave. Pese a todo lo que se ha expuesto, no debe olvidarse que estas medidas de prevención son la base del deber primario de información y denuncia de transacciones sospechosas y, en esta medida, un fallo en su implementación o control puede afectar seriamente la capacidad del Estado para investigar el delito antecedente y sancionar a los sujetos obligados<sup>575</sup>. Evidentemente, no cualquier infracción de las normas administrativas equivale a la infracción del tipo penal<sup>576</sup>, pero estas normas son el principal referente para evaluar la conducta de los sujetos obligados.

La falta de certeza sobre el grado de conocimiento que le es exigido al sujeto obligado es tan evidente que, por ejemplo, en la última reforma de la Ley bancaria alemana (*Kreditwesengesetz*) –que prevé sanciones para las omisiones de deberes de prevención de situaciones de insolvencia en el sistema bancario– el legislador decidió evitar cualquier referencia a la imprudencia grave/temeraria (*Leichtfertigkeit*). La justificación de esta decisión consistió en afirmar –sorpresivamente– que, en el ámbito de los delitos y prácticas económicas sujetas a la imposición de sanciones administrativa, es imposible distinguir correctamente entre imprudencia ordinaria (*Fahrlässigkeit*) e imprudencia grave/temeraria (*Leichtfertigkeit*). Por esta razón, la única responsabilidad que se ha previsto es aquella derivada de la infracción de deberes especiales de cuidado<sup>577</sup>. Este radical postulado tiene implicaciones para el sistema de control del BdeC: una característica esencial del blanqueo es, precisamente, el empleo de esquemas y fraudes altamente sofisticados, que dificultan la identificación de transacciones que implican la conversión de bienes de origen ilícito, de tal suerte que cualquier ciudadano se encuentre expuesto a operaciones de blanqueo en una

---

<sup>575</sup> Vid. ALTENHAIN, «§261», *NK-StGB. Band III*, 2005, nm. 139a; NEUHEUSER, *MK-StGB*, 2012, nm. 88; KNORZ, *Der Unrechtsgehalt des § 261 StGB*, 1996.

<sup>576</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Mandato de determinación e imprudencia», en SILVA SÁNCHEZ (eds.), *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, 2015, p. 184.

<sup>577</sup> Vid. WEGNER, «Verabschiedet sich der Gesetzgeber von der “Leichtfertigkeit” im Wirtschafts- und Steuerstrafrecht?», *HRRS*, (11), 2012, p. 511. El autor reproduce las palabras del legislador, presentadas al justificar la exclusión de la imprudencia grave del ámbito de la Ley bancaria: “Die überholte Differenzierung zwischen Leichtfertigkeit und Fahrlässigkeit wird aufgegeben, da eine Abgrenzung zwischen Leichtfertigkeit (= grobe Fahrlässigkeit) und (einfacher) Fahrlässigkeit bei den betroffenen tatbeständen des KWG nicht möglich ist”. Las cursivas son originales del texto legal.

multitud de situaciones cotidianas, en cualquier negocio que realice o en cualquier intercambio de bienes, sin que sea consciente de ello<sup>578</sup>.

Las ideas presentadas en los párrafos anteriores han tenido la finalidad de demostrar que los verdaderos destinatarios de las normas administrativas de prevención son los sujetos obligados. En consecuencia, no es necesaria una compleja construcción argumentativa para convencerse de que el castigo de la imprudencia se fundamenta en la voluntad legislativa dirigida a exigir un cuidado especial por parte de los sujetos obligados. Estos individuos son entonces elevados al nivel de barrera *primaria* de contención del ingreso de valores de origen ilícito en el sistema financiero y, son obligados a cooperar con el Estado en la identificación de flujos internos e internacionales de dichos valores. La defraudación de esta expectativa estatal por parte de los sujetos obligados es, sin embargo, confundida con situaciones de blanqueo propio/organizador, pues la esencia de su castigo es, justamente, el fallo al momento de adoptar medidas de prevención específicas, que benefician al Estado. En ese sentido, entiendo que existen elementos de los deberes positivos dirigidos a los sujetos obligados, que quedan en un segundo plano, como consecuencia del el ruido que genera la criminalización del blanqueo y la dificultad de elaborar una descripción más “limpia” de sus finalidades y del tipo penal que la contiene.

## 2. *Blanqueo en comisión por omisión y deber de colaboración*

Teniendo en cuenta lo que se ha afirmado en páginas anteriores acerca de los deberes administrativos en su función de fundamento de la responsabilidad penal de los sujetos obligados, a continuación se comentará un último aspecto fundamental relativo al castigo de estos sujetos como consecuencia del incumplimiento de sus deberes de colaboración en la investigación con el Estado.

Teniendo en cuenta que en el ordenamiento jurídico español no existen, hasta el momento, condenas por blanqueo de capitales en comisión por omisión, sería posible pensar que estamos frente a un problema estrictamente teórico. La

---

<sup>578</sup> Vid. BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2015, p. 879.

magnitud y cantidad de escándalos internacionales –como los *Panama Papers*– demuestran, sin embargo, que este planteamiento es equivocado: asistimos a la apertura de un ciclo de investigaciones centradas, exclusivamente, en la omisión de informaciones relevantes para la prevención de BdeC por parte de los sujetos obligados<sup>579</sup>. En efecto, las normas administrativas han sido interpretadas por la doctrina como el criterio fundamental para determinar la responsabilidad penal de los mismos por la comisión del blanqueo a título de comisión por omisión<sup>580</sup>. En este sentido, se identificado –equivocadamente– la existencia de una conexión formal entre la previsión del deber de garante contenida en el art. 11.a CP y las disposiciones administrativas de prevención (L.O. 10/2010), que sería suficiente para considerar que los sujetos obligados son responsables de las operaciones de blanqueo realizadas por sus clientes.

Sin embargo, es importante subrayar que los sujetos obligados *no* son garantes simplemente por el hecho de que la ley administrativa les imponga ciertas medidas de prevención y cuidado (partiendo del contenido del art. 2 de la Ley 10/2010)<sup>581</sup>. En realidad, la ley administrativa recoge aquellas situaciones identificadas en la *praxis* en las cuales se aprecia, efectivamente, un mayor riesgo de blanqueo, teniendo como destinatarios a aquellas profesiones y actividades económicas que normalmente están involucradas en estas situaciones. Evidentemente, sin la existencia de un vínculo material –a modo de

---

<sup>579</sup> De hecho, una de las primeras investigaciones sobre el tema está en curso actualmente en Alemania. Se trata de la acusación presentada por la fiscalía en contra de los directivos y empleados del Deutsche Bank por, presuntamente, haber omitido investigar y tramitar informaciones relevantes para la prevención del blanqueo de capitales y, con ello, haber favorecido el envío de dinero ilícito a paraísos fiscales. Se les acusa del delito de blanqueo de capitales en comisión por omisión por el no cumplimiento del deber de información. Debe mencionarse que, como consecuencia de la reserva existente, no es posible acceder a informaciones directas publicadas en el marco del proceso. La información utilizada se encuentra, por tanto, en los medios de comunicación . Disponible en <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/nach-razzia-deutsche-bank-chef-stellt-sich-vor-mitarbeiter-15920518.html>. Acceso en 19.11.2020.SHEPHERD, *The review of banking and financial services*, (28 - 4), 2012

<sup>580</sup> Así, BLANCO CORDERO, *ADPCP*, (50 - 3), 1997, p. 313; BLANCO CORDERO, *El delito de Blanqueo de capitales*, 2015, p. 975. La opinión del autor se repite en BLANCO CORDERO, *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el Blanqueo de capitales*, 1999, p. 132.DEL CARPIO DELGADO, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, 1997, p. 212 y 215; MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 2019, p. 618; NEUHEUSER, «Comentario al § 261», *MK*, 2012, n.m. 93. „Eine Garantenstellung ergibt sich auch aus §11 GwG für den in §11 Abs. 1 iVm. §2 GwG bezeichneten Personenkreis – so zB für den Leiter eines Instituts iS von §2 Abs. 1 Nr. 1-2a GwG und eines Unternehmens iS von §2 Abs. 1Nr.3 und 4 sowie iVm. §9 Abs. 2 Nr. 1 GwG für deren Geldwäschebeauftragten“.

<sup>581</sup> Cfr. SCHNEIDER/GOTTSCHALDT, «Offene Grundsatzfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Compliance- Beauftragten in Unternehmen», *ZIS*, (7), 2011, p. 573.

organización— entre el sujeto obligado y el ámbito de peligro de BdeC, no puede identificarse una base material para el Derecho penal y, en consecuencia, no puede configurarse un deber de garante, lo cual impediría castigar a estos sujetos por el blanqueo en comisión por omisión<sup>582</sup>. Será necesaria, en todo caso, la asunción personal y limitada del deber de protección o, en su defecto, la gestión exclusiva de un área de peligro de blanqueo dentro de la empresa o de cualquier actividad profesional que el sujeto obligado se haya comprometido a preservar<sup>583</sup>.

En este contexto —al igual que ocurre con el castigo por la imprudencia grave— los deberes de protección de los sujetos obligados los exponen, naturalmente, a supuestos más frecuentes de asunción de deberes de garante para evitar la generación del resultado de blanqueo<sup>584</sup>. En realidad, su posición de garante deviene del hecho de que, en la gran mayoría de los casos, son las personas que asumen voluntaria y personalmente la tarea de protección y vigilancia frente a un ámbito específico y delimitado de peligro de BdeC, para asegurarse de que su actividad profesional no será instrumentalizada por terceros para llevar a cabo transacciones características de este delito. Por lo tanto, es necesario admitir la existencia de un deber de garante del sujeto obligado cuando este se haya comprometido, asumiendo voluntaria y personalmente la tarea de gestión y

---

<sup>582</sup> Vid. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *InDret*, (1), 2008, p. 16. Acerca de la posible responsabilidad de abogados y notarios por la comisión de conductas de blanqueo de sus clientes, este autor sostiene: “Los abogados, los empleados de banca, los notarios, pueden servir de voluntarios colaboradores de las autoridades de prevención de blanqueo, pero también tienen sus limitaciones en la persecución de estas conductas, no sólo humanas o de conocimientos, sino incluso técnicas, pues no puede olvidarse que tanto en la abogacía —piénsese en los grandes despachos—, como en otros sectores como el bancario, existe un trato cada vez más despersonalizado del cliente”.

<sup>583</sup> Remito, en este punto a un estudio anterior acerca de este tema: CARLOS DE OLIVEIRA, en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (eds.), *Comprender el Derecho penal*, 2019. De forma más detallada, CARLOS DE OLIVEIRA, *Lavagem de dinheiro: responsabilidade penal pela omissão de informações*, 2019, p. 249 ss.

<sup>584</sup> Este no es el espacio propicio para volver a presentar toda la discusión acerca de la determinación del deber de garante de los abogados frente al BdeC (tema, además, bastante controvertido). Sin embargo, hay que recordar que, como ya se ha mencionado, los abogados no serán garantes en escenarios de blanqueo, cuando se encuentren desarrollando actividades propias del ejercicio de la abogacía durante fases contenciosas o pre-contenciosas. Un deber de garante solo se configurará cuando, actuando como sujetos obligados para la evitación de conductas de BdeC, en transacciones, representación o consultorías —que no estén relacionadas con la preparación de la estrategia de defensa o la orientación (pre contenciosa) respecto a la defensa de sus clientes— o cuando lleven a cabo labores que no sean ejercidas exclusivamente por abogados —como la representación de empresas o la administración de patrimonios—. Para más detalles sobre el tema, véase: COCA VILA, «El abogado frente al blanqueo de capitales. Entre Escila y Caribdis?», *InDret*, (4), 2013; RAGUÉS I VALLÈS, «Blanqueo de capitales y negocios standard. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de blanqueo», en SILVA SÁNCHEZ, (eds.), *Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, 2002; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *InDret*, (1), 2008; SILVA SANCHEZ, «El abogado es garante... ¿de qué?», *InDret penal*, (2), 2014.

control de sus propias actividades (autocontención) o de la empresa (por la asunción de deberes delegados<sup>585</sup>) que traigan aparejado un riesgo de BdeC. En estas condiciones, la actividad económica o empresarial pasa a ser considerada – en sí misma– una fuente de peligro<sup>586</sup> de blanqueo y, por lo tanto, debe ser controlada por el sujeto obligado para garantizar que no genere *outputs* negativos –un buen ejemplo de esta situación viene dado por la operación de las instituciones financieras administradoras de fideicomisos en el ordenamiento anglosajón (*trusts*)–. Todo este esquema de control será definido, obviamente cuando sea aplicable, por el contenido de las funciones delegadas dentro de la empresa. También requiere confirmar que el garante cuenta con todos los recursos y medios necesarios para desarrollar su labor. En conclusión, no todo sujeto obligado o *compliance officer* es garante: solo lo será cuando haya asumido dicha función, o cuando esté bajo su responsabilidad un *ámbito de gestión exclusiva* de actividades que permitan el BdeC de terceros<sup>587</sup>.

Una vez identificado un deber de garante, el castigo por el blanqueo en comisión por omisión dependerá todavía de que pueda demostrarse que dicha omisión es equivalente, en términos de estructura normativa, al delito activo. Es decir, que la omisión constituye un paso determinante para la consecución del resultado, tal y como ocurre con cualquier aportación activa al curso del delito.

Es incuestionable que las construcciones dogmáticas desarrolladas acerca de los delitos comisivos por omisión aportan todos los elementos necesarios para fundamentar la infracción de deberes negativos de los sujetos obligados<sup>588</sup>. Por lo mismo, no existen problemas de fondo que afecten al proceso de imputación de

---

<sup>585</sup> SILVA SÁNCHEZ, *et al.*, «La responsabilidad penal de los administradores», *La Ley Penal*, (22231), 2011, p. 17 ss.

<sup>586</sup> Como bien define FEIJOO SÁNCHEZ, las medidas de prevención legales no presuponen una prognosis de que la persona jurídica cometerá un delito, sino que declaran la probabilidad de que la empresa sea instrumentalizada por personas físicas para la práctica de delitos. (*Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente. Presupuestos dogmáticos y criterios de imputación para la intervención del Derecho penal contra las empresas*, 2002, p. 140). En el mismo sentido: DEMETRIO CRESPO, *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, 2009, p. 137.

<sup>587</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia en Derecho penal*, 2006, p. 745; DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (eds.), *El derecho penal económico en la era compliance*, 2013, p. 355; ROBLES PLANAS, en SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ (eds.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, 2013, p. 324

<sup>588</sup> La teoría de la comisión por omisión, no solo proporciona los fundamentos necesarios para incriminar ciertos comportamientos de los sujetos obligados, sino que permite estructurar el contexto de imputación objetiva de los comportamientos permitidos de dichos sujetos. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *InDret*, (1), 2008, p. 12.

responsabilidad penal por la omisión de un deber administrativo de prevención del delito, siempre y cuando el resultado prohibido sea consecuencia de un *acto de libre organización previo con el sentido exclusivo de blanquear capitales* por parte del sujeto obligado<sup>589</sup>.

Antes de continuar, es necesario insistir que el objetivo de esta investigación es estudiar los supuestos en los que *no* es posible constatar un ejercicio de libertad máxima de organización por parte de los sujetos obligados –supuestos que, además, no poseen una relación de equivalencia normativo-estructural con la acción–. En definitiva, aquellas conductas de sujetos obligados que *no* se organizan deliberadamente para participar en el delito de BdeC de sus clientes.

### 3. Conclusiones preliminares

La redacción del tipo penal de BdeC español supone una serie de dificultades en la interpretación de los escenarios de atribución de responsabilidad a los sujetos obligados como consecuencia del incumplimiento –o del cumplimiento defectuoso– de sus deberes de colaboración con el Estado. Sin embargo, estas dificultades no se originan, exclusivamente, en el ámbito normativo del Código Penal nacional, sino que vinculan también con la falta de claridad inherente al objeto de protección del sistema global de prevención y control del BdeC. Este sistema se caracteriza por oscilar entre la protección prioritaria de la finalidad procesal de investigación del delito precedente y el decomiso de los valores producidos por este –y por las correspondientes operaciones de blanqueo– y la protección prevalente del sistema financiero frente a la contaminación generada

---

<sup>589</sup> Sencillamente, en este caso particular su omisión no difiere de la participación en un delito de blanqueo, y se subsume, por tanto, en la interpretación mayoritaria sobre la comisión por omisión, de acuerdo con la cual se trata de una asunción libre de la posición de garante –o de algún acto de libre organización semejante, como lo es la gestión exclusiva de la fuente de peligro–. Cfr. DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Posición del garante del compliance officer por infracción del ‘deber del control’: una aproximación tópica», en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (eds.), *El derecho penal económico en la era compliance*, 2013, p. 342; ROBLES PLANAS, «El responsable de cumplimiento (“compliance officer”) ante el Derecho penal», en SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ (eds.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, 2013, p. 327. En ello coinciden incluso posiciones presentadas por autores que, en términos generales, defienden normalmente ideas divergentes sobre el tema. Cf. JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, 1997; SCHÜNEMANN, «Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt», *FS- Amelung*, 2009, p. 311.

por el capital ilícito y, con ello, la protección de la integridad de los negocios y de la seguridad de las instituciones internas del país.

Por esta razón, aunque los deberes de colaboración de los sujetos obligados se encuentran latentes a lo largo de todas las fases del BdeC y de toda su regulación (tanto preventiva como represiva, nacional o internacional), no resulta sencillo traducir esta demanda en términos de *lege ferenda*. Más complejo resulta todavía lograr identificar, con claridad meridiana, cuáles de los verbos rectores que hacen parte de la redacción actual del art. 301 CP buscan castigar, en realidad, infracciones de los deberes de colaboración.

Lo que parece quedar claro es que el BdeC cuenta, al menos, con dos núcleos distintos de afectación. En primer plano, siendo en mi opinión la conducta más grave, se identifica la organización directa (y necesariamente dolosa) de las transacciones de disimulación del capital. Este núcleo de afectación requiere, necesariamente la realización de conductas que contengan un elemento de fraude o de estafa –dirigido también contra los sujetos obligados– para intentar vulnerar los sistemas de diligencia debida. Se trata de las conductas llevadas a cabo por los denominados *blanqueadores-organizadores*.

Además de incluir a todos los sujetos que conocen a cabalidad el proceso de blanqueo, en este grupo se encuentran también las conductas que cuentan con un sentido de participación en el delito de terceros. Así las cosas, cuando puede comprobarse que la conducta de los sujetos obligados tiene una relación de sentido delictivo acorde con el delito del blanqueador –y, en consecuencia, realiza un injusto propio de intervención en el delito ajeno– se entiende que la misma constituye un acto de aportación accesoria al blanqueador organizador. Se incluyen, por lo tanto, todas las intervenciones de sujetos obligados corruptos, que participan dolosamente de una fase del proceso de disimulación del origen ilícito del capital, mereciendo recibir una calificación proporcional de injusto con una pena que sea coherente con las reglas de autoría y participación de la Parte General.

En segundo lugar, se identifica el núcleo de afectación conformado las conductas afines al blanqueo, a las que he denominado conductas de *blanqueador colaborador*, afines a la lógica del delito de encubrimiento y de las normas de

resguardo<sup>590</sup> –o *norma de flanqueo*<sup>591</sup>–. El injusto característico del *blanqueador colaborador* está determinado por no lograr aislar al autor del delito precedente y, en consecuencia, por defraudar las expectativas del Estado que espera que el sujeto actúe como una *longa manus*, es decir, como un cuasi-funcionario, preparado para identificar el origen ilícito de los bienes y denunciarlo a la Unidad de Inteligencia Financiera.

En este punto, es preciso cuestionar la decisión del legislador español consistente en malinterpretar el ámbito de punición de los actos preparatorios de blanqueo (como adquirir, transferir), elevando equivocadamente a la categoría de autoría conductas que representan típicos actos de participación. Teniendo en cuenta que las reglas de Parte General contemplan la posibilidad de que los cooperadores necesarios reciban la misma pena que los autores, no parece justificable imputar, en el caso que se analiza, la pena de autor.

En definitiva, las páginas anteriores han sido estructuradas para demostrar que, en el proceso de prevención y control del BdeC –especialmente en el tipo penal correspondiente– coexisten dos injustos distintos dirigidos a los sujetos obligados. Por un lado, su participación en actos organizadores de blanqueo (infracción de deberes negativos) y, por otro, la infracción, por parte de dichos sujetos, de los deberes de colaboración con los fines del Estado, materializados en la identificación de flujos de capital ilícito (infracción de un deber positivo de colaboración) y ciertas conductas de aislamiento del autor del delito antecedente.

Entonces, el sujeto obligado se encuentra ubicado en una *doble* posición. Es, al mismo tiempo, destinatario del deber general negativo –consistente en no realizar conductas activas ni omisivas, dolosas o imprudentes, que se encuentren incluidas en el ámbito de protección del delito de BdeC desde el punto de vista organizativo– y del deber positivo de actuar como cuasi-funcionario, de representar los intereses del Estado relativos a la prevención de este delito. Y, así, ocupar un rol específico en la creación de redes de información dirigidas, exclusivamente, a la prevención de la criminalidad financiera. Esta dualidad es

---

<sup>590</sup> Vid. BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 353.

<sup>591</sup> Vid. RAGUÉS I VALLÈS, en SILVA SÁNCHEZ (eds.), *Libertad económica o fraudes punibles?*, 2002, p. 151.



reconocida explícitamente por la doctrina estadounidense, que reconoce el *bifurcated standard of interest* de las instituciones financieras frente al BdeC<sup>592</sup>.

Sin embargo, de esta particular consideración de los sujetos obligados se deriva un problema de especial trascendencia: las infracciones a ambos tipos de deberes asignados (deber general negativo y deber de positivo especial de colaboración) son castigadas indistintamente, en la actualidad, mediante la imputación del delito del blanqueo imprudente y, en menor medida, a través del potencial castigo de los sujetos obligados en comisión por omisión. Incluyéndose en esta constelación el castigo penal de las personas jurídicas que no han puesto en marcha un sistema de prevención integrado (que incluya los deberes de diligencia debida, información y preservación de datos). Por esta razón, y para evitar situaciones confusas y tergiversaciones de ciertas máximas penales, es conveniente distinguir ambos tipos de deberes e identificarlos normativamente a partir de la creación de normas autónomas que se adecúen a sus características específicas.

A modo de excursus, y como ya lo he mencionado, mi hipótesis consiste en afirmar que la previsión del BdeC imprudente castiga, indirectamente, la falta de colaboración de los sujetos obligados con el Estado. En ese sentido, el incumplimiento de ciertas normas de cuidado (identificación del cliente, elaboración y mantenimiento de bancos de datos e informes de operaciones sospechosas) corresponden, a mi juicio, a una clase de deber diferente a la mera prevención del delito. Las medidas preparatorias de los deberes de cuidado (los deberes administrativos de prevención) representan un deber de actuación en representación del Estado, mediante la realización de tareas *cuasi-policiales*. De este modo, a mi juicio, la infracción de los deberes administrativos de prevención expresa, en realidad, la relación del sujeto obligado con una tarea cuasi-policial delegada por el Estado. Y va más allá de su relación con el injusto del tercero que

---

<sup>592</sup> ACKERMANN hace referencia a las declaraciones oficiales publicadas en el marco del proceso legislativo norteamericano, disponibles en: HOUSE OF REPRESENTATIVES. *Tax Evasion, drug trafficking and money laundering as they involve financial institutions. Hearings before the subcommittee on financial institutions supervision, regulation and insurance of the Committee on banking, finance and urban affairs*, 1986, p. 1036. Dicho documento se refiere, en realidad, a un doble estándar de *intent* –elemento subjetivo del delito–, decantándose por incriminar el BdeC doloso e imprudente. No obstante, a pesar de la disparidad de los terminos utilizados, la conclusión a la que llegan ambos textos (tanto ACKERMAN como el legislador estadounidense) es, justamente, la que genera problemas en relación con las instituciones financieras: serán, al mismo tiempo, potenciales delincuentes y sujetos esenciales para garantizar la prevención del delito. (, *Geldwäscherei - Money Laundering. Eine vergleichende Darstellung des Rechts und der Erscheinungsformen in den USA und der Schweiz*, 1992, p. 163).

lleva a cabo, de forma dolosa, transacciones dirigidas a blanquear capitales ilícitos.

Todo lo que hasta aquí se ha expuesto, debe condensarse en una idea simple, pero verificable normativa y prácticamente: el sistema de prevención de BdeC es un conjunto extremadamente complejo de normas dirigidas a inculcar a los particulares en la prevención del delito de terceros. No son pocos los académicos y profesionales –de varias disciplinas– que han dedicado sus esfuerzos a intentar comprender dicho sistema, sin lograr reducir de forma satisfactoria su nivel de complejidad conceptual y sistemática. No resulta entonces extraño los profesionales del ámbito jurídico tampoco puedan ofrecer una visión clara de los fines y límites del sistema de BdeC. Es comprensible, además, que la jurisprudencia deba ocuparse frecuentemente con la dilucidación e interpretación de aquellos elementos problemáticos del tipo penal de BdeC y con la solución de conflictos generados en el marco de la regulación del concurso de normas.

Por lo tanto, no parece realista exigir a un cuerpo jurisprudencial sobrecargado por el nivel de complejidad de los delitos económicos la tarea de llevar a cabo una reinterpretación uniforme de la finalidad del sistema de blanqueo, direccionando, al mismo tiempo la aplicación del tipo penal correspondiente. Más bien, es responsabilidad de la política legislativa futura y de los interpretes autorizados, el ofrecer un tipo penal más manejable y el desarrollo de objetivos más fácilmente comprensibles en el ordenamiento interno. En este sentido, herramientas como las circulares de la fiscalía, los manuales de la Unidad de Inteligencia Financiera y un sistema de colaboración entre legislador y academia pueden ser elementos sumamente relevantes.

Prosiguiendo con la identificación de conclusiones provisionales, cabe señalar que, en España, la regulación del BdeC se ha construido atendiendo a una lógica ajena a la dogmática continental. No hay señales que lleven a pensar en un cambio de esta. En efecto, la relación de accesoriedad del Derecho penal con el Derecho administrativo y las reglas de autorregulación<sup>593</sup>, así como la delegación de tareas de prevención a los sujetos obligados, parecen haberse consolidado pilares fundamentales del sistema de regulación del BdeC.

---

<sup>593</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del derecho penal de empresa*, 2013, p. 9.

Llegados a este punto, el sistema nacional deberá enfrentarse con la dificultad de conciliar los principios básicos del Derecho penal interno con aquellas tendencias que dominan el panorama concreto de las políticas nacionales e internacionales de prevención del BdeC. En especial, considero que debe prestarse especial atención a la exclusión del Derecho penal de todos aquellos tipos que puedan ser instrumentalizados para llevar a cabo recaudaciones ilimitadas e incontroladas de datos y que se aparten radicalmente de la incriminación de las conductas *mala in se*. Lo anterior no puede llevar a desconocer la necesidad de castigar las actividades delictivas de los blanqueadores y, en este sentido, se hace urgente un cambio en la regulación penal para lograr que el ámbito de actuación de ciertos sectores de la economía y de algunas profesionales liberales no sean confundidos con actividades de blanqueo.

## PARTE II - ESTADO REGULADOR Y DERECHO PENAL

### I. LA DELEGACIÓN DE FUNCIONES POLICIALES DEL ESTADO: CUESTIONES DE FONDO

En las páginas anteriores se ha mencionado muchas veces que el Estado delega a los particulares las tareas de prevención del delito de BdeC y se les transforma en cuasi-funcionarios en un rol de colaboradores con las funciones de investigación y prevención de los procesos de blanqueo. Falta abordar, con todo, cuáles son los mecanismos jurídicos y las razones de fondo de esta delegación, que será analizada en el presente capítulo. La hipótesis aquí presentada es que los cambios en el Derecho penal provocados por la prevención del BdeC representan que ha llegado también a esta rama del Derecho una tendencia de delegación de deberes que ya ocurre con mayor amplitud en los demás ámbitos del Derecho público y que se hallan también en un marco más amplio. Un marco caracterizado por una nueva forma de interacción entre Estado y ciudadanos, volcada a lograr un mayor pragmatismo y a satisfacer ponderaciones económicas sobre la distribución más eficiente de la ejecución de las tareas vinculadas con la protección del interés colectivo<sup>594</sup>.

Así, para constatar la realidad de la nueva demanda proveniente del Derecho penal y que se encuentra dirigida a los ciudadanos, debemos, en primer lugar, investigar el cambio en la relación general de demandas del Estado frente a la sociedad y que viene siendo señalada por la doctrina del Derecho administrativo<sup>595</sup>. Uno de sus argumentos tiene que ver con el cambio de la relación existente entre el Estado y los particulares, que tiene como punto de partida una disminución de las capacidades del Estado para proveer todos los servicios a los que se encuentra constitucionalmente obligado. En ese sentido, se

---

<sup>594</sup> Cfr. GRAMM, *Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben*, 2000, p. 17 ss.; EHLERS, *Aushöhlung der Staatlichkeit durch die Privatisierung von Staatsaufgaben?*, 2003, p. 31.

<sup>595</sup> Cfr. HALLER *et al.*, *Allgemeines Staatsrecht*, 4ª ed., 2008, p. 21; ESTEVE PARDO, *La nueva relación entre Estado y sociedad: aproximación al trasfondo de la crisis*, 2003, p. 39 ss.

reconoce un proceso de intensa delegación de sus tareas a las manos de los particulares como resultado del agotamiento<sup>596</sup> de los recursos económicos para cumplir con la agenda de derechos previstos en sus constituciones<sup>597</sup>, así como por la incapacidad del Estado de financiar y actualizarse sobre el desarrollo tecnológico sectorial.

Por otro lado, sostienen algunos administrativistas<sup>598</sup> que el cambio en la relación entre Estado y ciudadanos sería resultado también de la evolución de la propia sociedad civil<sup>599</sup>, capaz de organizarse de modo más autónomo con respecto a la administración pública. De hecho, el concepto mismo de sociedad civil adquiere un nuevo sentido a partir de los años 70, y su modo de interacción con las estructuras del Estado no ha dejado de actualizarse desde entonces<sup>600</sup>.

---

<sup>596</sup> Cfr. VOBKUHLE, «Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung», *VVDStRL*, (62), 2002, p. 268. HOFFMANN-RIEM, «Von der Erfüllungs- zur Gewährleistungsverantwortung – eine Chance für den überforderten Staat», en HOFFMANN-RIEM (eds.), *Modernisierung von Recht und Justiz*, 2000, p. 16. Los autores hablan de una total sobrecarga (*Überforderung*) del Estado.

<sup>597</sup> Como menciona ESTEVE PARDO, se trata de un modelo de Estado con “costes de funcionamiento muy elevados, que ponen en cuestión la propia sostenibilidad y el mantenimiento de sus prestaciones”. ESTEVE PARDO, «La administración garante. Una aproximación», *Revista de Administración Pública*, (197), 2015, p. 17.

<sup>598</sup> Vid. HOFFMANN-RIEM, «Von der Erfüllungs- zur Gewährleistungsverantwortung – eine Chance für den überforderten Staat», en HOFFMANN-RIEM (eds.), *Modernisierung von Recht und Justiz*, 2000, p. 18; ESTEVE PARDO, *La nueva relación entre Estado y sociedad: aproximación al trasfondo de la crisis*, 2003, p. 23.

<sup>599</sup> De acuerdo con la definición de un experto en la investigación de las formas contemporáneas de organización de la sociedad civil, sólo se puede intentar una definición de la misma bajo un modelo generalizador, un “tipo ideal” weberiano. En esta medida, la expresión “sociedad civil” describe y configura un conjunto complejo y dinámico de instituciones no gubernamentales protegidas por el Derecho, no violentas, auto-organizadas y que están en permanente tensión unas con las otras y con las instituciones del Estado, que a su vez las delimitan, restringen, o viabilizan sus actividades. KEANE, *Civil Society. old images, new visions*, 1998, p. 6. Para una ponderación más detallada sobre el concepto de sociedad civil en estos marcos, vid. BOBBIO, *O conceito de sociedade civil*, 1994, p. 19 ss. Sobre los cambios en la sociedad civil que favorecen el Estado regulador, vid. BRAITHWAITE, *Regulatory capitalism: how it works, ideas for making it work better*, 2008, p. 34.

<sup>600</sup> Como explica HABERMAS, la acepción moderna de sociedad civil bebe de la literatura marxista, que la ubicaba como motor de las transformaciones del Estado, de tal suerte que ambos conceptos (Estado y sociedad civil) aparecieran como modelos binarios de oposición. HABERMAS, *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*, 1997, p. 99; HABERMAS, *Teoria de la acción comunicativa*, v. II, 1987, p. 454 ss. En el mismo sentido, KEANE, *Civil Society. old images, new visions*, 1998, p. 23. En efecto, el sociólogo pone de relieve que a partir de la consolidación de las democracias y del Estado de bienestar europeo la sociedad civil ha adquirido mayor autonomía y mayor capacidad de auto-organización. Cf. HABERMAS, *A era das transições*, 2003, p. 154 y ss.; HABERMAS, *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*, 1997, p. 99. En el mismo sentido, LEVI-FAUR, «Regulatory capitalism», en DRAHOS (eds.), *Regulatory Theory. Foundations and applications*, 2017, p. 267-9

Evidentemente, este proceso influye en todos los campos del Derecho<sup>601</sup> y, como no podría ser diferente, afecta también al Derecho penal, aunque la extensión de las consecuencias del cambio de la relación entre Estados y ciudadanos quede todavía por explorarse más a fondo<sup>602</sup>. Como ya trató de evidenciar MIR PUIG, existe un proceso de simbiosis entre los límites del Derecho penal y la configuración de los modelos de Estado<sup>603</sup>. Ello expresa la característica esencial del Derecho penal como una parcela del Derecho público, teniendo el Derecho Constitucional como referencia para su desarrollo posterior<sup>604</sup>. De este modo, teniendo en cuenta la vinculación evidente entre el Derecho penal y el modelo de Estado en el que se desarrolla la dogmática, conviene dedicar algunas palabras a la creciente demanda del Estado de una mayor cooperación de los particulares que, según alcanzo, empieza a producir consecuencias también en el ámbito de las políticas de prevención de delitos. Las páginas que siguen tienen el objetivo de analizar, aunque de forma sintética, un cambio en el modelo de Estado, que delega más e incorpora a los particulares en el ejercicio de funciones públicas, y que acaba proyectándose en un nuevo modo de relación particular-Estado-Derecho penal<sup>605</sup>.

---

<sup>601</sup> Vid. CHEVALIER, *El Estado postmoderno*, 2011, p. 115; BRAITHWAITE, «The new regulatory state and the transformation of criminology», *British Journal of Criminology*, (40), 2000.

<sup>602</sup> Con más detalles a respecto, véase: JUNG, Heike, «Zur privatisierung des Strafrechts», en JUNG, Heike et al. (eds.), *Perspektiven der Strafrechtsentwicklung*, 1996; SEELMANN, «¿Deberes de garante fundamentados en el Derecho privado?», en SEELMANN (eds.), *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*, 2013; SILVA SÁNCHEZ, «Derecho penal regulatorio», *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, 2015; SILVA SÁNCHEZ, «“The marriage of the regulatory process and the criminal law” - Eine verfassungsrechtlich kritische Einführung», en TIEDEMANN et al. (eds.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, 2016.

<sup>603</sup> MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, 1994, p. 45. Dice el autor: “Una vez que incluso la función de la pena se cobija en la fundamentación político constitucional del Derecho penal, sí creo ya necesario asentar también el edificio de la teoría del delito sobre la base del Estado social y democrático de Derecho”. Tal como plantea ROXIN (*Política criminal y sistema de derecho penal*, 2ª ed., 2000, p. 49), los efectos del concepto de Estado democrático de Derecho se extienden también hasta la fundamentación directa de categorías dogmáticas supuestamente neutras, yendo más allá de la evidente relación entre Estado constitucional, política criminal y funciones de la pena.

<sup>604</sup> BURCHARD, «Strafverfassungsrecht - Vorüberlegungen zu einigem Schlüsselbegriff», en TIEDEMANN et al. (eds.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, 2016, p. 34 ss; En detalle sobre esa cuestión, SEELMANN, «Verantwortungszuweisung, Gefahrensteuerung und Verteilungsgerechtigkeit», en SEELMANN (eds.), *Aktuelle Fragen der Rechtsphilosophie*, 2000, p. 47; MAURACH/ZIPF, *AT, Band I*, 8ª ed., 1992, § 2, nm. 9.

<sup>605</sup> Cfr. NEUMANN, «Die rechtsetzische Begründung des “rechtfertigenden Notstands” auf der Basis von Utilitarismus, Solidaritätsprinzip und Loyalitätsprinzip», en von HIRSCH et al. (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, p. 172;

## II. DEL ESTADO DE BIENESTAR AL ESTADO REGULADOR

El Estado liberal de las primeras décadas del siglo XX –con el cual el Derecho penal comparte sus raíces históricas<sup>606</sup>, tenía como fundamento esencial tanto la libertad y la autorresponsabilidad de los individuos como la intervención mínima<sup>607</sup>, con la finalidad de garantizar los derechos mínimos de libertad, seguridad y propiedad. En ese contexto de separación clara entre Estado y sociedad, una asignación tan limitada de funciones al Estado le ha valido el título de “Estado guardia nocturno” (*Nachtwächterstaat*)<sup>608</sup>. Es decir, un Estado que no interviene en lo absoluto en la actividad de los particulares, y que se ciñe al ejercicio del poder de policía, es decir, la prevención y represión de infracciones administrativas y de delitos. Como se sabe, la crisis financiera de los años 30 y del período de posguerra<sup>609</sup>, sin embargo, pusieron en jaque el liberalismo extremo y demandaron una posición más intervencionista del Estado, promocionando recursos económicos y derechos sociales, conformando los principios del Estado social<sup>610</sup>. Como consecuencia de estas características, el Estado social también es llamado Estado prestacional (*Leistungsstaat*)<sup>611</sup>.

En dicho momento histórico, el Estado social se perfeccionó hacia un modelo de bienestar<sup>612</sup>, asumiendo además la tarea de promocionar las condiciones de

---

<sup>606</sup> Vid. VORMBAUM, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, p. 138. Según el historiador, la base de la teoría de BINDING se encontraba en la concepción política de separación de las esferas de libertad en la construcción del concepto de Derecho penal.

<sup>607</sup> Vid. HALLER *et al.*, *Allgemeines Staatsrecht*, 4ª ed., 2008, p. 21. Según los autores, “Leitbild des Liberalismus war das zu Freiheit und Selbstverantwortung berufene Individuum”.

<sup>608</sup> El concepto de “Estado guardia nocturno” fue formulado originalmente por LASSALE, y responde a una concepción tan radical de separación entre Estado y sociedad que, en la original política del *laissez-faire*, el Estado no era responsable ni siquiera de la alfabetización infantil. HALLER *et al.*, *Allgemeines Staatsrecht*, 4ª ed., 2008, p. 21.

<sup>609</sup> Vid. MADER, «Regulierung, Deregulierung, Selbstregulierung: Anmerkungen aus legistischer Sicht», *ZSR*, (II - 1), 2004, p. 19.

<sup>610</sup> Vid. REY PÉREZ, *Sostenibilidad del estado de bienestar en España*, 2015, p. 16.

<sup>611</sup> De ahí que los administrativistas le denominen “Estado prestacional” (ESTEVE PARDO, *Estado garante: idea y realidad*, 2015, p. 23.) o *Leistungsstaat*, en Alemania SCHEDLER, «Auswirkungen des Gewährleistungsstaats – Modells auf die Organisation. Hält die Realität die Komplexität des entstehenden Pluralismus aus?», en SCHWEIZER/WINDISCH (eds.), *Integratives Rechtsdenken. Im Diskurs mit Philippe Mastronardi*, 2001, p. 103.

<sup>612</sup> El Estado de bienestar es el complejo sistema de garantías jurídicas e institucionales que busca hacer efectivo el contenido de los derechos que pretenden ser asegurados por el Estado social, mediante su incorporación en normas de Derecho positivo. De este modo, la idea central del Estado de bienestar se basa en lograr la vinculación del Estado social (que reacciona frente a los efectos de la industrialización a

desarrollo social y garantizar un estándar básico de derechos sociales, con la finalidad de garantizar que la libertad de los ciudadanos pudiera concretarse con un mínimo de efectividad. Este modelo de prestación pública, con todo, supuso el crecimiento del Estado en lo que se refiere a su estructura de gestión y, sobre todo, a los costes de su mantenimiento.

Consecuentemente, la garantía de derechos otorgada en el contexto del Estado social empieza a presentar dificultades de financiación hacia los años 70, en el contexto de la crisis del petróleo<sup>613</sup>. A partir de esa época, los estados nacionales comienzan a sufrir los efectos de las crisis inflacionarias y a experimentar un bajo crecimiento económico<sup>614</sup>.

En estas condiciones, el desafío que debe afrontar el Estado de bienestar consiste en “mantener los fines sin disponer de los medios”<sup>615</sup>. Para lograrlo, el Estado debería –de acuerdo con una línea de interpretación asumida por los administrativistas<sup>616</sup>– cambiar los métodos e instrumentos de garantía de derechos que se han venido empleando hasta ahora. Partiendo de estas circunstancias, y con el objetivo de contrarrestar los costes que la prestación de los derechos sociales representan para el Estado<sup>617</sup>, se asiste a un proceso de adaptación de los mecanismos y de las formas jurídicas de promoverlos y que

---

través de los denominados “derechos de primera generación) con la finalidad y la garantía de la inclusión. LUHMANN, *Teoría política en el Estado de Bienestar*, 1993, p. 47. Cfr. SCHEDLER, en SCHWEIZER/WINDISCH (eds.), *Integratives Rechtsdenken. Im Diskurs mit Philippe Mastronardi*, 2001, p. 103

<sup>613</sup> La súbita caída de los precios del petróleo en 1973/74 indujo a un largo periodo de recesión que duraría casi dos décadas, el aumento del desempleo, la desaceleración del crecimiento, altas tasas de inflación, etc. En un movimiento pendular de la historia, volvió de nuevo a criticarse la intervención del Estado en la economía, y se postuló otra vez la liberalización de los mercados, con un nuevo modelo de liberalismo. MADER, *ZSR*, (II - 1), 2004, p. 23.

<sup>614</sup> Según un autor, esta coyuntura implicó una transición de las políticas económicas nacionales, que pasaron de adoptar el paradigma keynesiano de inversiones públicas con tendencia a la liberalización de la economía (FRIEDEN, *Capitalismo global: el trasfondo económico de la historia del siglo XX*, 2007, p. 480 ss.). Con los mismos argumentos, vid. YEUNG, en BALDWIN *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of Regulation*, 2010, p. 64 ss.

<sup>615</sup> Cfr. ESTEVE PARDO, «Redefiniciones del modelo de Estado y del Derecho público en la actual recomposición de las relaciones entre Estado y sociedad», *La metamorfosis del Estado y del Derecho. Fundamentos*, (8), 2014, p. 93.

<sup>616</sup> Simbolizados por la *Steuerungsdiskussion* en Alemania (Estado directivo). Cf., FRANZIUS, «Der Gewährleistungsstaat. Ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat?», *Der Staat*, (42 - 4), 2003, p. 500, y desarrollada por ESTEVE PARDO en España. Cfr. ESTEVE PARDO, *Estado garante: idea y realidad*, 2015, p. 84.

<sup>617</sup> Vid. BRAITHWAITE, «The regulatory state?», en RHODES (eds.), *The Oxford Handbook on Political Institutions*, 2006, p. 424; CHEVALLIER, *O Estado pós-moderno*, 2009, p. 161.



privilegio que sean ejecutados directamente por el sector privado<sup>618</sup>. Así, la delegación de sectores enteros a las manos de la iniciativa privada es el método elegido para garantizar la prestación de servicios públicos, a la cual se sigue una extensa y compleja cadena de regulación para el control de estas actividades<sup>619</sup>. Este escenario se encuentra en el centro del debate contemporáneo europeo sobre el *Estado regulador*<sup>620</sup>.

### 1. El contexto del Estado regulador

Desde la perspectiva del modelo de administración propio del Estado regulador, a él le compete estimular positivamente a la sociedad y al sector privado, así como fomentar un mayor grado de confianza en la capacidad autorreguladora de éste último. En consecuencia, el Estado debe posicionarse frente a los particulares como actor responsable, en última instancia, de exigir y fiscalizar la realización de las funciones públicas<sup>621</sup>.

Evidentemente, tal como el adjetivo que lo define, el Estado regulador consiste en un modelo de gestión pública que –valga la redundancia– regula abundantemente, es decir, es prolífico en la producción de reglas sectoriales de distribución de riesgos y de control de la actividad privada, mediante el recurso de implementación de las agencias reguladoras y a la participación de los sectores regulados. En este sentido, un Estado regulador no tiene porqué asumir características económicas de mayor o menor intervención en la economía,

---

<sup>618</sup> Cfr. ESTEVE PARDO, *Estado garante: idea y realidad*, 2015, p. 41 ss. ESTEVE PARDO, *Revista de Administración Pública*, (197), 2015, p. 14

<sup>619</sup> Por esa razón, suele interpretarse que un Estado que delega funciones es, consecuentemente, un Estado regulador. BAMBERGER, «“Regulation as delegation: private firms, decisionmaking, and accountability in the administrative State”», *Duke Law Journal*, (56 - 2), 2006, *passim.*; BÜHLER, *Regulierung im Bereich der Corporate Governance*, 2009, p. 7.

<sup>620</sup> Sin embargo, un modelo de Estado no intervencionista, que apuesta por la libertad del mercado y por su capacidad de auto-gestión para proveer servicios de utilidad pública, no es una novedad en la historia económica. BRAITHWAITE, en RHODES (eds.), *The Oxford Handbook on Political Institutions*, 2006, p. 414; BRAITHWAITE, *Regulatory capitalism: how it works, ideas for making it work better*, 2008, p. 38. Históricamente, la creación de agencias reguladoras en Estados Unidos se remite a 1917, en las áreas de control de los precios de transportes ferroviario, de seguridad de medicamentos y alimentos, y de políticas anti-trust. En ese momento, las agencias reguladoras se presentaron como una alternativa de intervención mínima del Estado en la economía y, al mismo tiempo, como una salvaguardia de los intereses de las empresas de menor porte, garantizando los parangones mínimos de competencia en el mercado. Asimismo, fueron una reacción preventiva a los elevados costes de la judicialización de conflictos y también una estrategia para contener el poder de los monopolios. GLAESER/SCHLEIFER, «The rise of the regulatory state», *Journal of economic literature*, (XLI), 2003, p. 401 y ss.

<sup>621</sup> Cfr. JOHN-KOCH, *Organisationsrechtliche Aspekte der Aufgabenwahrnehmung im modernen Staat*, 2005, p. 354; FRANZIUS, *Der Staat*, (42 - 4), 2003, p. 495. El autor menciona que hay una responsabilidad última del Estado (*Letztverantwortung*).

considerando que su actividad consiste sobre todo en organizar la cobertura y prestación efectiva de unos intereses colectivos. Sin embargo, el énfasis en la descripción del Estado como “regulador”, para cierta doctrina, representa un modelo que se desarrolla en el contexto de los procesos de privatización de los servicios públicos, bajo la influencia de la ideología neoliberal<sup>622</sup> y representa, en pocas palabras, la consecuencia de la crisis de financiación del Estado social<sup>623</sup>.

No obstante, dentro de los múltiples aspectos que se pueden discutir con respecto al Estado regulador, interesa especialmente para esta investigación poner de relieve que este modelo conlleva un cambio en la relación entre Estados y ciudadanos. En efecto, en el Estado regulador la creciente delegación de espacios de interés público a los particulares transforma el tradicional Estado-todo-poderoso en un *partner*, moderador y catalizador de iniciativas<sup>624</sup>, que gobierna a distancia<sup>625</sup>. Y, hasta donde alcanzo, ello tiene consecuencias en las formas jurídicas de interacción entre ambos, es decir, entre Estado y particulares.

Entre las múltiples definiciones construidas en torno a este concepto, la *regulación* consiste en la intervención del Estado a través de la creación de normas de policía y del establecimiento de agencias reguladoras<sup>626</sup>. O, entonces, por medio de la delegación de poderes para la creación de reglas primarias para la regulación de relaciones subordinadas y/o de formalidades administrativas por parte de agentes no gubernamentales, o por medio de la delegación de poderes de autorregulación<sup>627</sup>.

---

<sup>622</sup> Como ha revelado BRAITHWAITE, la teoría de la regulación es una de las formas esenciales de aproximarse al neoliberalismo. BRAITHWAITE, en RHODES (eds.), *The Oxford Handbook on Political Institutions*, 2006. De acuerdo con el autor, hay dos formas útiles de comprender el neoliberalismo: como programa, o como realidad institucional. La misma observación es válida para el Estado regulador: este puede ser entendido como un programa de descentralización, o como un modelo de cambio institucional en relación con las formas de toma de decisión, de control y de ejecución de tareas por parte del Estado. BRAITHWAITE, *Regulatory capitalism: how it works, ideas for making it work better*, 2008, p. 5.

<sup>623</sup> Cfr. HEINTZEN, «Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung», *VVDStRL*, (62), 2002; ESTEVE PARDO, *Revista de Administración Pública*, (197), 2015, p.18.

<sup>624</sup> Cfr. SCHEDLER, en SCHWEIZER/WINDISCH (eds.), *Integratives Rechtsdenken. Im Diskurs mit Philippe Mastronardi*, 2001, p. 100.

<sup>625</sup> Vid. YEUNG, en BALDWIN *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of Regulation*, 2010, p. 67.

<sup>626</sup> Vid. NOBEL, «Deregulierung», en BOEMLE *et al.* (eds.), *Geld-, Bank-, und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz*, 2002, p. 302.

<sup>627</sup> Según la definición de la OCDE, “Regulations include all primary laws, formal and informal orders, subordinate regulations, administrative formalities and rules issued by non-governmental or self-regulatory bodies to whom governments have delegated regulatory powers”. OECD Regulatory Indicators Questionnaire, 2008, p. 3.

La regulación –expedida por parte de agencias reguladoras– tiene también cualidades policiales<sup>628</sup>, pues a ella pertenece tanto la protección de la confianza como la garantía de la seguridad pública entendida en un sentido amplio. En síntesis, se trata de un método para garantizar que las delegaciones del ejercicio de funciones esenciales permanezcan vigiladas. También pertenece al ámbito funcional de la regulación el exigir patrones de comportamiento preventivo en el desarrollo de actividades de la administración de las empresas, tales como la supervisión prudente del capital<sup>629</sup>, la implementación de reglas sobre competencia, el acceso y garantía plena de servicios<sup>630</sup>.

Además, entre las funciones de la regulación se encuentra la demarcación de los trámites básicos y de los límites de los procesos de autorregulación. Así, se ocupa de cuestiones tales como asegurar los mecanismos de publicidad acerca de la actividad de los particulares<sup>631</sup>, de intervenir en organismos representativos (nacionales y supranacionales<sup>632</sup>) del sector privado y de colaborar con la labor de definición voluntaria de los peligros específicos de cada sector<sup>633</sup>. De hecho, la autorregulación y su control por parte de las agencias reguladoras estatales son herramientas recientes y definitivas del Derecho administrativo para garantizar la adecuada gestión jurídica del sector público. Específicamente en lo relativo al tema de esta investigación, los procesos de regulación son esenciales para la definición de los contextos de riesgo permitido y para determinar las pautas de

---

<sup>628</sup> NOBEL llama a esta característica *polizeirechtliche Qualifikation*. NOBEL, en BOEMLE *et al.* (eds.), *Geld-, Bank-, und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz*, 2002, p. 302.

<sup>629</sup> Otra finalidad de la regulación es la protección sistemática de la confianza en el sector financiero y, más recientemente, el énfasis en la protección del riesgo de “contagio” y de la reacción en cadena proveniente de las crisis de insolvencia de los bancos. ATHANASSIOU, «The evolving role of central banks in banking supervision», en JUNG/SCHWARZE (eds.), *Finanzmarktregulierung in der Krise*, 2013.

<sup>630</sup> Vid. FRANZIUS, «Gewährleistungsstaat», *Verwaltungsarchiv*, (99), 2008.

<sup>631</sup> En este punto puede pensarse, por ejemplo, en la obligación de información que tiene la industria farmacéutica acerca de los efectos de los medicamentos, en los informes nutricionales que deben ser comunicados por la industria alimentaria, y en la obligatoriedad de los folletos informativos de inversores, que son vigilados y fiscalizados por la Comisión nacional de Mercado de Valores. DARNACULLETA I GARDELLA, *Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada*, 2005, p. 162. GILMOUR/JENSEN, «Reinventing government accountability: public functions, privatization, and the meaning of “State Action”», *Public Administration Review*, (58 - 3), 1998, p. 249.

<sup>632</sup> El estado asegurador (*Gewährleistungsstaat*) demanda un compromiso a nivel nacional, pero también supranacional, en la regulación de actividades que están transnacionalmente conectadas. FRANZIUS, *Der Staat*, (42 - 4), 2003, p. 499.

<sup>633</sup> Cfr. ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y Derecho*, 1999, p. 176.

conducta que orientarán el cumplimiento de las funciones públicas delegadas a los particulares<sup>634</sup>.

En efecto, el Estado regulador impone cambios estructurales al Derecho administrativo<sup>635</sup>, en el modo de inserción de las empresas en las funciones del Estado<sup>636</sup>. Otro rasgo característico del Estado regulador son los regímenes de delegación y atribución de responsabilidad por vía de pólizas de seguro, que entregan la administración de riesgos al establecimiento de fórmulas de cobertura<sup>637</sup>.

Además, como consecuencia de la creciente delegación a los particulares, algunos autores suelen describirlo como “Estado contractual<sup>638</sup>”, que ya no se impone mediante reglas verticales, pero sí a través de la negociación de condiciones y la atribución de responsabilidad ante el incumplimiento de las cláusulas del acuerdo entre los intereses públicos y privados<sup>639</sup>.

Ahora bien, si el Estado regulador genera estos cambios en el desarrollo del Derecho administrativo contemporáneo, parece una consecuencia lógica que empiece a presionar también en otros ámbitos del Derecho público, como es el Derecho penal, para que se adapte a una nueva realidad de interacción Estado-

---

<sup>634</sup> Sobre estos efectos en los delitos contra el medio ambiente, véase: SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente*, 2012, pp. 80 ss. Por otro lado, sostiene HOFFMANN-RIEM que los particulares también definen los límites de lo permitido de modo cada vez más extendido. «Der Staat als Garant von Freiheit und Sicherheit», en MÜNCH/PAPIER (eds.), *Freiheit und Sicherheit: Verfassungspolitik, Grundrechtsschutz, Sicherheitsgesetze. Tutzinger Studien zur Politik*, 2016, p. 21 ss. A respecto del papel de las agencias reguladoras en la definición del riesgo permitido, vid. BRAITHWAITE, «Accountability and governance under the New Regulatory State», *Australian Journal of Public Administration*, (58 - 1), 1999.

<sup>635</sup> Cfr. VOBKUHLE, *VVDStRL*, (62), 2002, p. 310. ESTEVE PARDO, «Redefiniciones del modelo de Estado y del Derecho público en la actual recomposición de las relaciones entre Estado y sociedad», *La metamorfosis del Estado y del Derecho, Fundamentos*, (8), 2014.

<sup>636</sup> Vid. ESTEVE PARDO, *Estado garante: idea y realidad*, 2015, p. 94.

<sup>637</sup> Vid. ESTEVE PARDO, *Revista de Administración Pública*, (197), 2015, p.18.

<sup>638</sup> La expresión es de CHEVALLIER. Este autor también sostiene que ante la ausencia de los mecanismos necesarios para imponer unilateralmente su voluntad, los gobiernos se ven obligados a negociar la participación de la sociedad civil (gobernanza cooperativa), CHEVALLIER, *O Estado pós-moderno*, 2009, p. 161; CHEVALLIER, *O Estado pós-moderno*, 2009, p. 160.

<sup>639</sup> En este sentido, véase: JOHN-KOCH, *Organisationsrechtliche Aspekte der Aufgabenwahrnehmung im modernen Staat*, 2005, p. 21; VOBKUHLE, «“Regulierte Selbstregulierung” - Karriere eines Schlüsselbegriffs», *Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates*, 2001, p. 199. EHLERS, *Aushöhlung der Staatlichkeit durch die Privatisierung von Staatsaufgaben?*, 2003, p. 103. Según este autor, en las últimas dos décadas el Estado alemán pasa por un proceso de aumento, en número y extensión, de los servicios públicos prestados por organizaciones privadas, por vía de contratos de concesión.

iniciativa privada. Evidentemente, el efecto más evidente del Estado regulador sobre el Derecho penal es la variedad de los controles y fuentes de las normas de prevención de riesgos<sup>640</sup>. Con todo, según alcanzo, los cambios en la posición de los particulares frente al Estado en el Estado regulador también deben ser considerados en el análisis del Derecho penal económico, en virtud de los fuertes vínculos que mantiene con el contexto normativo extrapenal.

Respecto de las consecuencias que este modelo llega a producir en el Derecho penal y, en concreto, en el contexto de la prevención del BdeC, es interesante señalar que una de las estrategias adoptada por el Estado para involucrar a los particulares en las funciones públicas consiste en la imposición de deberes de información y en la creación de redes de intercambio de datos para que el Estado pueda ejercer sus funciones de control<sup>641</sup>. Los ámbitos más comunes donde se observan estos deberes de información se hallan en los proveedores de servicios de tecnología (servicios de rastreo de internet, telefonía, etc.) o de actividades con cierto nivel de impacto ambiental<sup>642</sup>. Sin embargo, ello refleja con nitidez el contexto de los deberes de información para la prevención del BdeC, considerando que las informaciones de los sujetos obligados son un elemento clave para que el Estado pueda desarrollar adecuadamente su labor de investigación del delito.

## 2. Particulares en el ejercicio de deberes públicos delegados

En el marco de una investigación de Derecho penal, no sería factible agotar todas variables teóricas respecto de las posibilidades que el Derecho público ofrece para la delegación de tareas a los particulares y sus mecanismos de control. Para nuestros propósitos, es suficiente con indicar algunas formas por las cuales los particulares ejecutan funciones públicas.

---

<sup>640</sup> Así, NOBEL, en BOEMLE *et al.* (eds.), *Geld-, Bank-, und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz*, 2002, p. 302.

<sup>641</sup> Con detalles: LADEUR, «Die Regulierung von Selbstregulierung und die Herausbildung einer “Logik der Netzwerke”. Rechtliche Steuerung und die beschleunigte Selbsttransformation der postmodernen Gesellschaft», en VV.AA. (eds.), *Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates*, 2001, p. 60; BUDÄUS/GRÜB, «Public Private Partnership: Theoretische Bezüge und praktische Strukturierung», *Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen*, (30 - 3), 2012; HILL/JOUTSEN, «Combating transnational crimes takes a public-private partnership», en REICHEL/RANDA (eds.), *Transnational Crime and Global Security*, v. 2, 2018, p. 276.

<sup>642</sup> Vid. ESTEVE PARDO, *Autorregulación. Génesis y efectos*, 2002, p. 97.

Según principios básicos del Derecho administrativo, los particulares desarrollan el ejercicio de tareas delegadas por el Estado por vía de la actuación orgánica, funcional o cooperativa<sup>643</sup>. En la *actuación orgánica*<sup>644</sup> el ciudadano se incorpora a los órganos de administración actuando en calidad de experto para asesorar a los entes públicos<sup>645</sup>.

Un mecanismo clásico del Derecho administrativo alemán para ubicar a los particulares que ejercen *orgánicamente* las tareas del Estado (y que se actualiza para hacer frente a los cambios propios del Estado regulador) son los denominados *Beliehene*<sup>646</sup>. Estos son una especie de delegados o cuasi-funcionarios a quienes el Estado encarga tareas de fiscalización, tales como la certificación de productos, el control de la seguridad de vehículos<sup>647</sup> o de las instalaciones de gas y electricidad en los domicilios<sup>648</sup>. Tradicionalmente, los

---

<sup>643</sup> Bajo los criterios del Derecho Administrativo, y según la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 6/1998, sujetos privados son aquellos que no están al servicio de los poderes públicos actuantes en cada situación. Por otro lado, la responsabilidad de los que sí están al servicio de los poderes públicos se rige por la Ley 30/1992. JIMÉNEZ BONILLA, «Cap. II. Exigencia judicial de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas», en FUENTES BARDAJÍ (eds.), *Manual de responsabilidad pública*, 2ª ed., 2010, p. 551.

<sup>644</sup> Esencialmente, la actuación de dichos sujetos consiste en representar los intereses colectivos frente a las políticas del Estado, tratando de asegurar un vínculo entre las necesidades y demandas del grupo representado frente a las entidades de decisión política (los intereses sectoriales de las Corporaciones que participan del proceso decisorio de políticas del Estado). GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 13ª ed., 2013, p. 92.

<sup>645</sup> Este es el caso de las comisiones de expertos que participan en la redacción de proyectos legislativos, o de la participación para proponer medidas concretas de decisión administrativa. El derecho electoral es la forma más característica de este tipo de participación, donde los representantes de Corporaciones sectoriales, Colegios profesionales y Comunidades de usuarios representan directamente sus intereses frente a la administración pública. Este es el caso, v.g., de las Asociaciones de padres de alumnos, las Asociaciones de consumidores, los Consejos de Medio ambiente. GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 13ª ed., 2013, p. 83, 90.

<sup>646</sup> Como se subraya en su definición: “*Sie üben Staatsgewalt*”. SCHMITZ, «§1», en STELKENS *et al.* (eds.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 9ª ed., 2018, nm. 246.

<sup>647</sup> Según la definición de la doctrina, el *Beliehene* es un particular que recibe una autorización, con fuerza de ley, para el ejercicio de tareas equivalentes a las de los funcionarios públicos. Ellos ejercen poder de policía y, a pesar de no encontrarse orgánicamente integrados como funcionarios, son considerados equivalentes a ellos. Considerando que ejercen potestades similares, es preciso advertir que la separación entre la responsabilidad y las funciones de los delegados públicos (*Beliehene*) y aquellas de los funcionarios, no siempre se reconoce ni se respeta. SCHMITZ, en STELKENS *et al.* (eds.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 9ª ed., 2018, nm. 246. Se trata de las llamadas TÜV, *Technischer Überwachungsverein*, responsables de la emisión de certificados tras la autorización pública. Históricamente, esas asociaciones se crearon para fiscalizar la seguridad de las instalaciones industriales, con la finalidad de evitar accidentes graves, como las explosiones de máquinas a vapor. Su origen remite a 1880, durante la revolución industrial alemana.

<sup>648</sup> Históricamente esta tarea era llevada a cabo por los *Bezirksschornsteinfeger*, los deshollinadores, limpiadores de chimeneas.

*Beliehene* son particulares considerados como una clase de cuasi-funcionarios<sup>649</sup>, que actúan ejerciendo un poder de policía del Estado<sup>650</sup>, pero con una labor fiscalizadora restringida: ocupan un rol que oscila entre el sector público y el privado, pero continúan siendo absolutamente dependientes del poder discrecional del Estado<sup>651</sup>. Actualmente, su labor se extiende a todas las asociaciones emisoras de certificaciones técnicas con efectos públicos y con poderes sancionadores<sup>652</sup>. A primera vista, son notables las semejanzas entre los *Beliehene* y los sujetos obligados a quienes el Estado delega la prevención del BdeC, pues estos últimos también ocupan una tarea de vigilancia de la regularidad de las operaciones financieras de terceros. Igualmente, se puede observar la posición que ocupan estos particulares con relación a los demás, pues por vía de la delegación expresa del Estado se sitúan a “medio camino” entre los funcionarios públicos y los demás ciudadanos.

En el Derecho español, la función de los *Beliehene* podría ser equiparada al ejercicio de las funciones notariales y de expedición de registros mercantiles. Pues, aunque no realicen las mismas tareas de certificación, ejecutan funciones del Estado en un rol de cuasi-funcionarios, y se hallan también en esta posición intermedia entre funcionarios y ciudadanos. En esta misma línea, además de su rol como sujetos obligados, los registradores y notarios desempeñan una labor especial de prevención del BdeC: desde 2005, el Colegio Notarial gestiona uno de los bancos de datos más relevantes para las consultas de la Unidad de Inteligencia Financiera<sup>653</sup>, además elaboran los listados de personas con responsabilidad pública (esenciales para las medidas de diligencia debida de todos los sujetos obligados), de castigar internamente a los notarios que cuenta con potestad sancionadora frente a los notarios que incumplen la normativa de prevención de blanqueo.

---

<sup>649</sup> Cfr. VOBKUHLE, *VVDStRL*, (62), 2002, p. 356. En efecto, la doctrina administrativa los denomina también *In-Dienst-Genommenen* o *Verwaltungshelfer*.

<sup>650</sup> Vid. SCHMITZ, en STELKENS *et al.* (eds.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 9ª ed., 2018, nm. 246.

<sup>651</sup> Vid. JOHN-KOCH, *Organisationsrechtliche Aspekte der Aufgabenwahrnehmung im modernen Staat*, 2005, p. 181.

<sup>652</sup> Así, JOHN-KOCH, *Organisationsrechtliche Aspekte der Aufgabenwahrnehmung im modernen Staat*, 2005, p. 81.

<sup>653</sup> En España, el Órgano Centralizado de Prevención del Colegio Notarial (OCP, creado por el Orden EHA 2963/2005) y el Centro Registral Antiblanqueo (CRAB, creado por el Orden ECC 2402/2015) del Registro Mercantil son reconocidamente exitosos en el cumplimiento de las medidas de prevención. FATF, *Mutual Evaluation Report – Spain*, 2014, pp. 121-2; PALACIOS CRIADO, «Agentes intervinientes: el deber de colaboración. Especial mención de los notarios», *Estudios de derecho judicial*, (73), 2005, p. 56.

Sin que sea necesaria su incorporación a roles específicos de la administración pública, el particular también coopera con las finalidades del Estado por medio de una *actuación funcional*. Este el caso de las acciones populares y, especialmente, de las denuncias-deber<sup>654</sup> o denuncias-facultad, a través de las cuales, el Estado condiciona su acción represora o preventiva con base en las informaciones suministradas por los particulares<sup>655</sup>. Reconociendo que el listado de ejemplos provenientes del ámbito extra-penal que podría elaborarse para ilustrar este tipo de actuación es inabarcable, resulta adecuado mencionar los deberes de prestar informaciones de naturaleza tributaria (art. 29 de la Ley General Tributaria) y los deberes de denuncia de los particulares (art. 259 LECrim), como medios para ilustrar el reconocimiento implícito que se hace en la legislación del rol de los particulares como colaboradores necesarios de la administración pública. El campo más evidente en el que se desarrolla este tipo de cooperación es, justamente, aquel que da origen a la presente investigación: a saber, los deberes de información de los sujetos obligados en relación con transacciones sospechosas de BdeC<sup>656</sup>.

---

<sup>654</sup> En concreto, el art. 450.2 del Código Penal (“De la omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución”), el art. 259 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (“El que presenciare la perpetración de cualquier delito público está obligado a ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juez de instrucción, de paz, comarcal o municipal o funcionario fiscal más próximo al sitio en que se hallare, bajo la multa de 25 a 250 pesetas”), el art. 62 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (que regula el inicio del procedimiento administrativo por denuncia, en cumplimiento o no de una obligación legal) o el art. 5 de la Ley 8/2003, de sanidad animal, que obliga a todos los sujetos a denunciar enfermedades contagiosas graves de animales, que supongan un peligro a la sanidad pública o al medio ambiente. El deber mayor en el caso de los laboratorios privados de sanidad animal.

<sup>655</sup> Ello ocurre incluso en áreas en las que no se presume un interés de los particulares por cooperar, como es el caso de la recaudación de impuestos: efectivamente existe una cooperación por vía de las declaraciones de renta. HEINTZEN, *VVDStRL*, (62), 2002, p. 225. Otros ejemplos son la prestación de servicios privados de educación o de salud (hospitales) que, si no fueran prestados por los particulares bajo la regulación del Estado, generarían un vacío prestacional que debería ser llenado por este.

<sup>656</sup> Cfr. arts. 18 a 21 de la Ley 10/2010 de prevención de blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Más recientemente, se ha resaltado la necesidad de contar con una participación todavía más activa de estos sujetos, como se hace evidente en el contenido de la reforma de la Ley 10/2010 y en la quinta Directiva Europea de prevención de blanqueo de capitales. A tal efecto, se refuerzan los deberes de información y colaboración con la Unidad de Inteligencia Financiera, así como la implementación de canales de denuncia interna y externa (*whistleblowing*), la recopilación extensiva de documentos y la preservación de bancos de datos (cap. III Ley 10/2010). La quinta Directiva (Directiva 2018/843 de 30 de mayo del Parlamento Europeo y del Consejo), impulsada por el escándalo de los “papeles de Panamá”, hace hincapié en la transparencia y en los deberes de colaboración e información que deben ser asumidos por el sector privado para facilitar el ejercicio de las tareas de investigación de los órganos públicos. Cf. VV.AA., *The Impact of Schemes revealed by the Panama Papers on the Economy and Finances of a Sample of Member States*, 2017, p. 62.



En tercer lugar, el administrador puede representar los intereses colectivos, aunque no cumpla funciones materialmente públicas, desde que apoye a la administración en algún sentido específico exigido por esta<sup>657</sup>. De este tipo de actuación son característicos los comportamientos de particulares que cumplen con un interés público a cambio de recibir beneficios o ayudas financieras. Se trata de la forma más moderna de inclusión de los particulares, a través de la cooperación para fomentar los fines del Estado, razón por la cual el Derecho administrativo la denomina *actuación cooperativa*<sup>658</sup>. Esta forma de participación se concreta, tanto por medio de los sistemas tradicionales de concesiones, autorizaciones condicionadas y contratos, como a través de las denominadas técnicas de cooperación público-privada (*public-private partnerships*)<sup>659</sup>.

Fuera de estos ejemplos concretos y mirando hacia un ámbito más general de la actividad de las empresas a quienes el Estado delega funciones de interés público, sostiene BRAITHWAITE que estas deben asumir una parcela de la responsabilidad política y social, sometiéndose a una lógica del interés público (*new public management*)<sup>660</sup>. En este orden de ideas, los particulares asumen la responsabilidad de materializar las normas del Estado y se transforman, así, en actores cuasi-públicos. Consecuentemente, aparejado a esta responsabilidad se encuentra también un listado de nuevos deberes que se radicarán en los particulares, como contraprestación por el mayor “espacio de juego”<sup>661</sup> que se les concede. En este mismo sentido, señala SILVA SÁNCHEZ que la lógica de la cooperación de las empresas sumada a cierta expectativa para que persigan fines

---

<sup>657</sup> Cfr. CHEVALLIER, *O Estado pós-moderno*, 2009, p. 61; GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 13ª ed., 2013, p. 88.

<sup>658</sup> Como fundamento de esta idea se encuentran las políticas de incentivos fiscales otorgados a empresas, para que actúen en determinado sector de la economía, así como las normas de fomento a determinados sectores productivos, que pretenden conducir la iniciativa libre de las empresas, de tal forma que entren a actuar en sectores de interés del Estado. Igualmente, hacen parte de esta modalidad las Fundaciones, las Asociaciones de utilidad pública, las organizaciones no gubernamentales etc. GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 13ª ed., 2013, p. 97; CHEVALLIER, *O Estado pós-moderno*, 2009, p. 163.

<sup>659</sup> Una autora demuestra como las PPP son una forma útil para liberar al Estado de todas sus funciones de bienestar social (*Teil-Entlastung des Staates*), y no necesariamente una delegación absoluta de tareas.

<sup>660</sup> Lo anterior obliga a los particulares a tener también en cuenta la dimensión pública de sus iniciativas. En efecto, en la teoría de la regulación, solamente donde no sea posible una dirección política y jerárquicamente orientada –o donde ella no sea deseada –, se abrirá espacio para la búsqueda de soluciones orientadas por el mercado. Así, JOHN-KOCH, *Organisationsrechtliche Aspekte der Aufgabenwahrnehmung im modernen Staat*, 2005, p. 158. Cfr. BRAITHWAITE, *Australian Journal of Public Administration*, (58 - 1), 1999, p. 91 ss.

<sup>661</sup> Cfr. SCHEDLER, en SCHWEIZER/WINDISCH (eds.), *Integratives Rechtsdenken. Im Diskurs mit Philippe Mastronardi*, 2001, p. 101.

más allá de la racionalidad económica, produce efectos sobre el Derecho penal económico. Según este autor, “desde la perspectiva del Derecho penal, el fenómeno de máxima extensión de la red descentralizada de prestación y control (...) viene dado precisamente por la conversión de toda persona jurídica en un delegado de prevención de los delitos que se cometan en su seno”<sup>662</sup>.

A la luz de estos breves ejemplos que se acaban de apuntar, sobre todo el caso de los cuasi funcionarios a que se ha hecho referencia, se puede extraer una conclusión preliminar que servirá para el análisis normativo de la responsabilidad penal de los sujetos obligados: en los contextos de delegación de tareas de vigilancia o de control de peligros ajenos, así como en la delegación de potestades de conceder autorizaciones a otros particulares, los sujetos delegados se aproximan jurídicamente al rol de funcionarios públicos, distanciándose de su rol común de ciudadano cuando ejecutan estas tareas especiales. En suma, se puede afirmar que los particulares en estas circunstancias se hallan reconocidamente en un rol de cuasi-funcionarios. Y es esta posición en la cual, a mi juicio, se hallan también los sujetos obligados que reciben el deber de colaborar con el Estado en el sistema de prevención del BdeC.

Hasta este punto, se ha visto como la delegación de funciones va cambiando las expectativas del Estado frente a la responsabilidad por la ejecución de tareas con finalidad pública, así como produce también adaptaciones a las posiciones jurídicas de aquellos que más directamente representan al Estado en la ejecución de las mismas. Pero antes de encerrar estas consideraciones a respecto del Estado regulador, conviene dedicar algunas líneas a analizar los posibles límites a la delegación de tareas. Pues si la potestad regulatoria del Estado para la garantía de libertades y derechos es, en principio, ilimitada, no parece que todas las funciones de este sean pasibles de transferencia a los particulares.

### 3. *¿Hay límites a la delegación de tareas?*

En principio, la doctrina subraya que la Constitución<sup>663</sup> no exige una forma específica de cumplimiento de sus derechos por parte del Derecho

---

<sup>662</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, 2015, p. 151.

<sup>663</sup> A su vez, el art. 9.2 de la Constitución Española obliga a los poderes públicos a “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”, y define las garantías constitucionales básicas: la libertad religiosa, la libertad de los medios de

administrativo<sup>664</sup>. Es decir, no se especifica una forma particular a través de la cual el Estado debe concretar los derechos sociales: si directamente, con recursos públicos, o simplemente garantizando que dichos servicios existan y sean asequibles a la población<sup>665</sup>. Ya desde el comienzo se afirma que, en principio, todas las actividades del Estado pueden ser privatizadas, siempre y cuando este sea capaz de garantizar una estructura administrativa suficiente para coordinar su desarrollo y asegurar, tanto la prestación de los servicios, como la resolución de los problemas que puedan originarse<sup>666</sup>. Evidentemente, esta opinión no es compartida por la doctrina mayoritaria. Según la opinión general, las funciones nucleares de seguridad no pueden ser delegadas ni transferidas.

El tradicional monopolio de la fuerza por parte del Estado, al igual que todas las actividades que demandan el uso de mecanismos de coerción física<sup>667</sup>, son consideradas funciones nucleares<sup>668</sup>. Sin ellas, el Estado no puede definirse a sí mismo como institución: seguridad interna y externa (como manifestación de la soberanía), defensa del territorio, Administración de Justicia, ejecución forzosa

---

comunicación, etc. Sin embargo, debe remarcarse que, el hecho de que la Constitución prevea determinados derechos es argumento necesario, pero no suficiente, para exigir que sea el Estado mismo el actor encargado de proveerlos *motu proprio*. DARNACULLETA I GARDELLA, *Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada*, 2005, p. 88. Se trata, más bien, de la mera definición de una división de tareas del Estado con actores privados, división que puede ser adoptada a partir del reconocimiento de la exclusión puntual de la primacía gubernamental. FRANZIUS, *Der Staat*, (42 - 4), 2003, p. 10

<sup>664</sup> METZGER sostiene que, aunque dichas limitaciones constitucionales existen en la teoría, ellas no son respetadas en la práctica. METZGER, «Privatization as delegation», *Col. L. Rev.*, (103), 2003, p. 1440. También, FRANZIUS, *Der Staat*, (42 - 4), 2003, p. 12;

<sup>665</sup> La Constitución del Estado español de 1978 fue un compromiso entre dos fuerzas políticas antagónicas, en el contexto de la transición del país hacia la democracia. De inspiración social demócrata, la Ley Fundamental del país establece el pluralismo político como razón superior del Estado de derecho, y el principio de soberanía del pueblo español. Anclado en estos presupuestos, la Constitución legitima la participación de los ciudadanos en las funciones del Estado, y garantiza el pluralismo de iniciativas y las alternativas sociales. Como conformadora de un modelo de Estado social, la constitución autoriza el uso de la fuerza con el fin de garantizar la fruición de los derechos sociales. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y constitución*, 10ª ed., 2010, p. 204, 234.

<sup>666</sup> FRANZIUS, *Der Staat*, (42 - 4), 2003, p. 3; MUÑOZ MACHADO, en MUÑOZ MACHADO/ESTEVE PARDO (eds.), *Derecho de la regulación económica*, 2009, p. 39.

<sup>667</sup> Vid. ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, 1983, p. 36, 43; JOHN-KOCH, *Organisationsrechtliche Aspekte der Aufgabenwahrnehmung im modernen Staat*, 2005, p. 146.

<sup>668</sup> Sumado a lo anterior, existe un problema adicional de tipo conceptual, consistente en la dificultad existente al momento de definir lo que constitucional o socialmente se conviene como “fin esencial del Estado” o como función “nuclear” del mismo. Cfr. PATERSON, «Commercial crime control and the electronic monitoring of offenders in England and Wales», *Social Justice*, (34 - 3-4), 2008, p. 103; JOHN-KOCH, *Organisationsrechtliche Aspekte der Aufgabenwahrnehmung im modernen Staat*, 2005, p. 143; ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, 1983, p. 16.

de derechos y aplicación de penas<sup>669</sup>. Además, algunos autores incluyen entre las potestades nucleares del Estado cierta soberanía financiera, entendida como medio necesario para la financiación del mantenimiento mínimo de sus instituciones.

No cabe duda sobre la relevancia que tienen estas conclusiones para el ámbito del Derecho penal. Efectivamente, la imposición de medidas de restricción de la libertad y las decisiones vinculadas a ellas, convierten al Derecho penal, justamente, en elemento perteneciente al núcleo central del ejercicio legítimo de la violencia por parte el Estado<sup>670</sup>.

El balance de las posiciones presentadas hasta este punto, permite afirmar que un Estado que se encuentre orientado por una función de regulación y por una lógica de gobernanza no encontrará obstáculos jurídicos para delegar también las tareas de prevención –con sus correspondientes efectos penales secundarios–, siempre y cuando esta decisión de delegación sea, en último término, una decisión política y socialmente aceptada.

Efectivamente, es posible cuestionar desde una perspectiva política la delegación de tareas de carácter accesorio al Derecho penal, como lo son la vigilancia de las cárceles o la prestación de servicios de soporte a la vigilancia pública por parte de la ciudadanía. En relación con el Derecho penal y sus funciones, siempre podrá argumentarse que las mismas pertenecen, inexorablemente, al conjunto de asuntos que forman parte del denominado “núcleo esencial” del Estado y lo definen como institución. Sin embargo, en principio, no es posible encontrar límites de rango constitucional ni administrativo para la delegación de dichas funciones a organizaciones privadas.

En definitiva, la gestión, intercambio y valoración de la información penalmente relevante<sup>671</sup> son hoy, a mi juicio, los puntos neurálgicos en materia de delegación

---

<sup>669</sup> Vid. JOHN-KOCH, *Organisationsrechtliche Aspekte der Aufgabenwahrnehmung im modernen Staat*, 2005, p. 148.

<sup>670</sup> El Derecho penal se entiende, en estos términos, como “mecanismo organizado y monopolizado” por el Estado para coartar la libertad de los ciudadanos. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, p. 294.

<sup>671</sup> Cfr. BLAIR *et al.*, *Banks and financial crime*, 2ª ed., 2017, p. 176. Esta es, además, la tendencia que se evidencia a nivel europeo, desde la expedición de la cuarta Directiva antiblanqueo, y que se ha consolidado a través del contenido de la quinta y más reciente directiva expedida por la Unión Europea. En Reino Unido, la *Proceeds of Crime Act* (POCA), de 2002, considera delito (offence) el hecho de que

de tareas del Estado a los particulares, y en el cual no parece haber cualquier impedimento constitucional, pues no están relacionadas con el ejercicio de la fuerza, sino con la ejecución de tareas accesorias de investigación por la Administración de Justicia. En efecto, el marco actual del sistema de prevención del BdeC se caracteriza por la existencia de una situación de asimetría en la obtención y acumulación de informaciones<sup>672</sup>, y la única forma de compensar dicha asimetría es por vía de la implementación de canales de información entre el sector público y el privado<sup>673</sup>.

---

un sector regulado, como es el caso de los bancos, incumpla el deber de prestar informaciones sobre operaciones sospechosas de BdeC (Section 330 [1] y 331 POCA).

<sup>672</sup> Para que haya posibilidad de control de peligros, el Estado debe tener autoridad sobre aquellos que pretende controlar. Sin embargo, sin conocimiento no hay forma efectiva de hacerlo. Cfr. SBRAGIA, en PIERRE (eds.), *Debating governance: authority, steering, and democracy*, 1999, p. 231. En el mismo sentido, HOFFMANN-RIEM, «Der Staat als Garant von Freiheit und Sicherheit», en MÜNCH/PAPIER (eds.), *Freiheit und Sicherheit: Verfassungspolitik, Grundrechtsschutz, Sicherheitsgesetze. Tutzinger Studien zur Politik*, 2016, p. 26; ESTEVE PARDO, *Estado garante: idea y realidad*, 2015, p. 48.

<sup>673</sup> Vid. DELEANU, «The role of information for successful AML policy», en UNGER/LINDE (eds.), *Research handbook on money laundering*, 2013, p. 463. En ese sentido, un informe reciente realizado por la Universidad de Cardiff subraya que esta es la estrategia futura que será adoptada también por el Fondo Monetario Internacional. Cf. LEVI *et al.*, «Global surveillance of dirty money: assessing assessments of regimes to control money-laundering and combat the financing of terrorism. Report», *Center on Law and Globalization*, 2014. Extensamente sobre el tema, JOHN-KOCH, *Organisationsrechtliche Aspekte der Aufgabenwahrnehmung im modernen Staat*, 2005, p. 296.

### III. PROYECCIÓN DEL ESTADO REGULADOR EN EL DERECHO PENAL

#### 1. Derecho penal regulador

Como ya se ha mencionado, el proceso de delegación y transferencia de tareas a los particulares no es algo nuevo para el Derecho administrativo. Novedosas, no obstante, son las consecuencias jurídicas de la trasgresión de las tradicionales fronteras existentes entre el Derecho civil y administrativo frente al Derecho penal<sup>674</sup>, así como el desarrollo de este último a partir de los nuevos paradigmas del Estado regulador<sup>675</sup>. En principio, todo parece apuntar hacia un Derecho penal con una lógica mixta, que involucra fuentes tanto de Derecho público como de regulación privada, al momento de delimitar las reglas de conducta, de exigir el cumplimiento de deberes éticos y de fomentar la prevención de delitos<sup>676</sup>.

Es por ello que parece pertinente dedicar algunas líneas a exponer algunas de las consecuencias de este escenario para la configuración del Derecho penal contemporáneo. Un Derecho penal que, especialmente en aquellas *zonas de autorregulación* parece más una herramienta de control o, para recurrir a una

---

<sup>674</sup> La creciente intervención del Derecho penal en áreas de la economía se hace notar, particularmente, en el ámbito del delito de gestión desleal, particularmente cuando lo que está en tela de juicio es la administración de entidades financieras. Cf. RANSIEK/HÜLS, “Strafrecht zur Regulierung der Wirtschaft”, p. 164; WOHLERS, “Die strafrechtliche Bewältigung der Finanzkrise am Beispiel der Strafbarkeit wegen Untreue”, p. 793. SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, 2015, p. 151.

<sup>675</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, en SILVA SÁNCHEZ, (eds.), *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, 2016, p. 84. RANSIEK/HÜLS, «Strafrecht zur Regulierung der Wirtschaft», *ZGR*, 2009, p. 160, ZABEL, «Strafrecht und Governance: ein neues Modell moderner Punitivität?», *JZ*, (12), 2011, p. 18.

<sup>676</sup> Cfr. LADEUR, «Die Regulierung von Selbstregulierung und die Herausbildung einer “Logik der Netzwerke”. Rechtliche Steuerung und die beschleunigte Selbsttransformation der postmodernen Gesellschaft», en VV.AA. (eds.), *Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates*, 2001; SILVA SÁNCHEZ, en TIEDEMAN *et al.* (eds.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, 2016; KÖLBEL, «Unternehmenskriminalität und (Selbst-)Regulierung», *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, (6), 2017; GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI, «Autorregulación empresarial, ordenamiento jurídico y derecho penal. Pasado, presente y futuro de los límites jurídico-penales al liber mercado y a la libertad de empresa», en SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ (eds.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, 2013. Muy crítico en relación a ello, LÜDERSEN, «Finanzmarktkrise, Risikomanagement und Strafrecht», en KEMPF *et al.* (eds.), *Die Finanzkrise, das Wirtschaftsstrafrecht und die Moral*, 2010. Según el autor, atribuir responsabilidad penal a individuos como consecuencia de la falta de comportamiento ético de las empresas sería un intento ilegítimo, o por lo menos, no eficaz, de moralización de las conductas de mercado por la vía del Derecho penal.

expresión que empieza a adquirir importancia en la doctrina<sup>677</sup>, un *Derecho penal regulatorio*.

La situación anterior se confirma también luego de analizar la perspectiva correspondiente al Derecho administrativo sancionador, perspectiva de acuerdo con la cual, se entiende que la actividad de la administración no estaría en realidad orientada en descubrir al infractor y castigarlo, “sino a buscar la cooperación y la complicidad de la persona que no ha cumplido con la ley, con el fin de ayudarla a corregir los defectos que han llevado a infringir una norma<sup>678</sup>”.

Las características principales de un Derecho penal regulador como el que se ha venido desarrollando<sup>679</sup>, son la incorporación de la lógica privada<sup>680</sup>, la delegación de funciones preventivas tradicionalmente adscritas a la policía y a

---

<sup>677</sup> Una revisión de la literatura disponible permite afirmar que son pocos los autores que han utilizado el concepto “Derecho penal regulatorio” para definir el fenómeno de accesoriadad del Derecho penal. Cf. SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, 2015; NIETO MARTÍN, «Responsabilidad social, gobierno corporativo y regulación: sus influencias en el Derecho penal de la empresa», en BAJO FERNÁNDEZ *et al.* (eds.), *Gobierno corporativo y Derecho penal*, 2008, p. 4; WOHLERS, en DYSON/VOGEL, (eds.), *The limits of criminal law: anglo-german concepts and principles*, 2018. Sin embargo, dicho uso del Derecho penal ya ha sido estudiado como una herramienta de refuerzo de la regulación en tipos penales característicos de la criminalidad económica. Cf. SCHÜNEMANN, «Wider verbreitete Irrlehren zum Untreuetatbestand», *Zis*, (5), 2012, p. 193; SIEBER, «Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht», en DANNECKER *et al.* (eds.), *FS- Tiedemann*, 2008 J. VOGEL sostiene que el uso del Derecho penal en el mercado de valores es una forma de uso tecnocrático-instrumental, por medio de la cual el Derecho penal es utilizado como un mecanismo de *law enforcement*, para garantizar el *compliance* de los actores del mercado de valores con las conductas permitidas y prohibidas. Vid. VOGEL, Joachim, «Wertpapierhandelsstrafrecht - Vorschein eines neuen Strafrechtsmodells», en PAWLIK/ZACZYK (eds.), *FS-Jakobs*, 2007, p. 731.

<sup>678</sup> Cfr. NIETO MARTÍN, «Autorregulación, compliance y justicia restaurativa», en ARROYO JIMÉNEZ/NIETO MARTÍN (eds.), *Autorregulación y sanciones*, 2008, p. 84.

<sup>679</sup>Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Derecho penal regulatorio», *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, 2015; SILVA SÁNCHEZ, «Ley penal económica y Derecho regulatorio», en SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria (eds.), *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, 2016; MANES, «Die Herausforderungen regulativer Strafrechtsmodelle zwischen Verfassung und europäischen Gerichten», en TIEDEMANN *et al.* (eds.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, 2016, p. 403; WOHLERS, «Criminal law as a regulatory tool», en DYSON/VOGEL, (eds.), *The limits of criminal law: anglo-german concepts and principles*, 2018, p. 238; KÖLBEL, «Zu Herausforderungen für das regulatorische Strafrecht», en TIEDEMANN *et al.* (eds.), *FS- Vogel*, 2016, p. 382

<sup>680</sup> En efecto, en los supuestos de delegación de funciones públicas a particulares, el Estado delega también cierto nivel de autoridad o, incluso, “concretas potestades inherentes a los poderes públicos” (DARNACULLETA I GARDELLA, *Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada*, 2005, p. 386). El proceso de privatización del Derecho público también llama la atención de SEELMANN, quien reconoce una marcada tendencia a privatizar el Derecho penal, en la constante referencia a las normas de derecho privado para dotar de contenido a las normas penales. Según el autor, por un principio de coherencia, si efectivamente hay una mayor interferencia del derecho privado, entonces las sanciones atribuidas ante la infracción de normas públicas –pero que reflejan la lógica del derecho privado–, deben ser más blandas, tal y cómo lo serían si fueran impuestas por tribunales civiles. SEELMANN, en SEELMANN (eds.), *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*, 2013, p. 120.

funcionarios públicos, la cooperación con los particulares en temas de investigación y acuerdos procesales<sup>681</sup> y, sobre todo, el reconocimiento de las normas de autorregulación, en contextos empresariales, al momento de definir la existencia de conductas imprudentes y la responsabilidad penal de la persona jurídica<sup>682</sup>, en especial en el complejo ámbito del blanqueo imprudente de capitales<sup>683</sup>. Esta realidad, sumada al otorgamiento de potestades normativas a los particulares, hace que ciertas infracciones de normas de autorregulación generen situaciones paradigmáticas para el Derecho penal, tanto en lo que tiene que ver con los efectos sobre la interpretación del contenido de la norma penal, como en los asuntos relativos a la determinación de la pena, e incluso en materia de construcción del concepto de culpabilidad de la persona jurídica. Este es el caso, a modo de ejemplo, de incumplimientos de normas incorporadas al marco regulador de la empresa. Dichos incumplimientos pueden generarse por varias vías: porque la empresa no ha adoptado ningún sistema de autorregulación, porque no ha respetado los marcos regulatorios, porque no ha colaborado con las agencias de supervisión<sup>684</sup> o, inclusive, porque ha incumplido las disposiciones consagradas en su propio modelo de autorregulación<sup>685</sup>. De acuerdo con la hipótesis que aquí se defiende, estas infracciones ejercen presión sobre las fronteras del Derecho penal, impulsando su expansión por medio de la incorporación de una nueva lógica de regulación aplicable al sistema de penas y de criminalización de conductas, o a través de una modificación de la forma en el

---

<sup>681</sup> Característicos del proceso de privatización del Derecho penal son también los polémicos acuerdos alcanzados en el proceso penal, los programas de mediación y la producción de pruebas por los particulares, así como otras formas de “desestatización” de la regulación del conflicto, por ejemplo, por vía del consentimiento. JUNG, “Reguliere Selbstregulierung – eine Diskussionsbemerkung aus strafrechtlicher Sicht”, p. 192; NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, 2008, p. 49, JUNG, Heike, en JUNG, Heike et al. (eds.), *Perspektiven der Strafrechtsentwicklung*, 1996, p. 71.

<sup>682</sup> Como sostiene NIETO MARTÍN, la cooperación entre empresas y Derecho penal no es excluyente, sino más bien complementaria. El Derecho penal incentiva la auto-organización de las empresas, de modo que auto-regulación y heterorregulación se complementen. EL MISMO, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, 2008, p. 224.

<sup>683</sup> Vid. BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 477.

<sup>684</sup> El mejor ejemplo de esta situación es, justamente el tema que da origen a la presente investigación: la omisión de comunicar informaciones acerca de operaciones sospechosas de blanqueo de capitales a la Unidad de Inteligencia Financiera.

<sup>685</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, 2015, p. 149.



Derecho penal es utilizado como refuerzo (accesorio) ante la comisión de las denominadas “ofensas regulatorias”<sup>686</sup>.

Sin embargo, como identifica SILVA SÁNCHEZ, la cuestión central que debe ser resuelta consiste en la pregunta relativa a por qué las infracciones de regulación y autorregulación deben ser calificadas como infracciones penales<sup>687</sup>. Frente a esta problemática, el autor pone de relieve el hecho de que un Derecho penal, entendido en estos términos –como refuerzo de las normas preventivas administrativas– implica el uso de la amenaza de la imposición de pena de un modo absolutamente utilitarista<sup>688</sup>, sin que exista una ponderación suficiente de los elementos exigidos para constatar el merecimiento de pena<sup>689</sup>. Se trataría, en síntesis, de un Derecho penal que busca reforzar la colaboración con la administración, menos enfocado en las prescripciones de contenido valorativo y entendido, más bien, como una herramienta adicional, que se encuentra a disposición del Estado para alcanzar los fines de protección de intereses de trascendencia colectiva<sup>690</sup>. Es preciso anotar que, al asumir un planteamiento de este tipo, no habría inconvenientes para admitir la remisión de pena a aquellos ciudadanos que, en fase procesal, deciden colaborar con las autoridades o reparar el daño<sup>691</sup>.

---

<sup>686</sup> Cfr. WOHLERS, en DYSON/VOGEL, Benjamin (eds.), *The limits of criminal law: anglo-german concepts and principles*, 2018, p. 239; VOGEL, Joachim, *FS-Jakobs*, 2007.

<sup>687</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, 2015, p. 149.

<sup>688</sup> De hecho, el uso del Derecho penal como refuerzo de la regulación es una característica del Derecho de los países anglosajones, en los cuales se reconoce que la criminalización de conductas no es llevada a cabo con base en una ponderación consecuencialista, como la que caracteriza al Derecho penal continental (se hace referencia, en particular, al Derecho penal alemán), sino más bien, con base en consideraciones de costo-beneficio (utilitaristas). WILLIAMS, en DYSON/VOGEL (eds.), *The limits of criminal law: anglo-german concepts and principles*, 2018, p. 210.

<sup>689</sup> SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, 2015, p. 150. También en este sentido ya se había manifestado J. VOGEL (VOGEL, *FS-Jakobs*, 2007), tal y como cita SILVA SÁNCHEZ.

<sup>690</sup> De forma contraria, KÖLBEL, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, (6), 2017. En la praxis, las definiciones de las asociaciones de bancos, de entidades financieras, así como los acuerdos celebrados por miembros de grupos de ciertas actividades económicas, significan, entre otras cosas, el reconocimiento y refuerzo de las demandas del Estado. Véase, por ejemplo, las declaraciones de principios del Grupo Wolfsberg (grupo de los 11 mayores bancos del mundo) para la prevención del blanqueo de capitales. <https://www.wolfsberg-principles.com/sites/default/files/wb/pdfs/translations/spanish/105.%20correspondent-spanish.pdf>. Acceso en 12.09.2019.

<sup>691</sup> Así, SILVA SÁNCHEZ, en TIEDEMAN *et al.* (eds.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, 2016, p. 417; SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, 2015, p. 151.

En estos términos, la característica central del Derecho penal regulatorio es el hecho de ser entendido como una herramienta más, dentro del conjunto de herramientas disponibles para el Estado –en general– y el legislador –en particular–, para alcanzar las finalidades públicas con mayor eficiencia. Esta afirmación es particularmente relevante en relación con aquellos ámbitos en los que existe un entramado normativo más complejo, que se encuentra fuera de los límites tradicionales del Derecho penal<sup>692</sup>. De hecho, la inclusión de la lógica regulatoria o de seguridad puede llegar a afectar la sistematicidad del sistema de imputación (no está clara la delimitación del riesgo permitido), que parece volver a despertar la “crisis de identidad<sup>693</sup>”, que tanto ha marcado la ciencia del Derecho penal en los finales del siglo XX.

Reconociendo su innegable inspiración en un modelo de Derecho de origen anglosajón<sup>694</sup>, el Derecho penal regulatorio tiene como característica adicional, el hecho de integrarse en una estructura organizada como una red, al interior de la cual se encuentra conectado con todas las demás agencias reguladoras (administrativas, civiles y de autorregulación), dentro de una estructura de gestión (*management*) descentralizada de la política –criminal o no– de control del Estado. Además, el Derecho penal regulador es complementado por normas y reglas distribuidas en diferentes niveles jerárquicos, dentro de las cuales se incluye también la autorregulación<sup>695</sup>. Dicho de otro modo, el Derecho penal se integra como mecanismo de prevención, ubicándose fuera de cualquier relación jerárquica con las demás ramas del Derecho<sup>696</sup>, implicando una modificación en el tradicionalmente reconocido principio básico de *ultima ratio*.

Como consecuencia de ello, la noción de *ultima ratio* no seguirá siendo entendida como un imperativo<sup>697</sup>. Esto no quiere decir que el principio pierda

---

<sup>692</sup> Cfr. VOGEL, en PAWLIK/ZACZYCK (eds.), *FS-Jakobs*, 2007, p. 731; WILLIAMS, en DYSON/VOGEL, (eds.), *The limits of criminal law: anglo-german concepts and principles*, 2018, p. 209.

<sup>693</sup> SILVA SÁNCHEZ subraya, en el momento de la publicación de la obra, el creciente proceso de criminalización, crisis de legitimidad, y pérdida de sistematicidad del Derecho penal. (*Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 1982, p. 14).

<sup>694</sup> Vid. NIETO MARTÍN, «¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico?», *Revista Penal*, (19), 2007, p. 133.

<sup>695</sup> Cfr. KÖLBEL, en TIEDEMANN *et al.* (eds.), *FS- Vogel*, 2016, p. 381.

<sup>696</sup> Vid. PAZ-ARES, «Deber de lealtad y gobierno corporativo», en BAJO FERNÁNDEZ *et al.* (eds.), *Gobierno corporativo y Derecho penal*, 2008, p. 45 ss.

<sup>697</sup> Extensivamente, BRODOWSKI/JAHN, «Krise und Neuaufbau eines strafverfassungsrechtlichen Ultima Ratio-Prinzips», *JZ*, (20), 2016, p. 979; SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, 2015, p. 151.

importancia, o que solamente se legitime la intervención del Derecho penal cuando exista, con anterioridad, una regulación extrapenal. Lo que esta nueva realidad supone es que, aunque no se legitimen formas de intervención más graves que el Derecho penal, los recursos penales sí podrán ser empleados de modo más flexible y con base en una lógica de cooperación, de dependencia técnica de sectores expertos, de la inclusión de los particulares en el desarrollo e implementación de las políticas criminales de prevención de delitos y, finalmente, de integración de estos mismos particulares en tareas que, hasta ahora, eran competencia exclusiva de la policía.

De hecho, la visión del Derecho penal como herramienta regulatoria (es decir, como un elemento ubicado al mismo nivel que la intervención de la agencia reguladora o de la sanción administrativa) puede llegar a impulsar su flexibilización e instrumentalización<sup>698</sup>. En este contexto, el Derecho penal se encuadra en un modelo bidimensional de regulación. De un lado, el Derecho penal asume como punto de partida la regulación de la prevención de riesgos mediante una invitación a cooperar dirigida a actores privados. De otro lado, define el sistema represivo de las conductas prohibidas<sup>699</sup>. Así, el Derecho penal y el sistema de justicia criminal operan como guías que, simultáneamente, regulan las conductas de sus colaboradores y reprimen la desviación frente a estas regulaciones: son tutor y fiscal a la vez. Sin embargo, en esta dinámica, la sanción es entendida como un elemento más en el complejo entramado de la regulación de la actividad de las empresas<sup>700</sup>.

En efecto, como subraya ZABEL, en el modelo de Estado actual es notable la bipolaridad entre la pretensión preventiva del Derecho penal y la función de restablecimiento de la norma<sup>701</sup>, lo que conlleva a la creación de distintos modelos de sanción. En consecuencia, aún, según este autor, se difuminan o se hacen más flexibles las fronteras entre las diferentes áreas del Derecho, como ocurre, por ejemplo, en el ámbito del Derecho penal económico. En esta línea, en el contexto de la prevención del BdeC, a mi juicio, se mezclan reglas de imputación características del Derecho penal nuclear y accesorio; la erosión de

---

<sup>698</sup> Crítico al respecto, SILVA SÁNCHEZ, en TIEDEMANN *et al.* (eds.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, 2016, p. 417; KÖLBEL, «Criminal Compliance – ein Missverständnis des Strafrechts?», *ZStW*, (3 - 125), 2013, p. 499.

<sup>699</sup> Vid. ZABEL, *JZ*, (12), 2011, p. 619.

<sup>700</sup> Cfr. KÖLBEL, en TIEDEMANN *et al.* (eds.), *FS- Vogel*, 2016, p. 382.

<sup>701</sup> Vid. ZABEL, *Die Ordnung des Strafrechts*, 2017, p. 2.

garantías probatorias en el proceso penal para establecer un derecho de información, pero sin que ello vaya acompañado de una reflexión sobre el impacto en la seguridad jurídica y en garantías en el proceso penal<sup>702</sup>.

A pesar de la crítica que puede suscitar dicho uso instrumental del Derecho penal, WOHLERS sostiene que, sólo en muy pocas ocasiones la actuación del Derecho penal se proyecta como reacción efectiva ante conductas que merecen ser sancionadas, por ser consideradas *mala in se*. De acuerdo con este autor, en la mayoría de sus intervenciones el Derecho penal es utilizado, de hecho, como respuesta al incumplimiento de normas de carácter civil o administrativo. El asunto central consiste entonces en definir, de forma inequívoca, cuándo están dadas las condiciones para legitimar el refuerzo de dichas normas por medio de la utilización del Derecho penal, teniendo presente que casi siempre será posible encontrar mecanismos tendentes a asegurar la obediencia normativa que no impliquen la imposición de una sanción penal<sup>703</sup>. Una respuesta posible a esta problemática puede encontrarse, según WOHLERS, en el recurso al análisis de la identidad del bien jurídico protegido y de su potencial limitador en el ámbito de la criminalización<sup>704</sup>.

Desde otro punto de vista, el Derecho penal regulatorio puede ser entendido como un desarrollo plausible del Derecho penal en todas aquellas áreas en las que la delegación de tareas públicas y el reconocimiento de la autorregulación regulada y buen gobierno corporativo jueguen un papel determinante<sup>705</sup>. Este es el caso de los entornos de prevención de riesgos laborales, del derecho de los mercados financieros, del medio ambiente, de la protección del consumidor, del BdeC, de las normas relativas al fenómeno de *insider trading*, del derecho de la competencia y de los delitos societarios<sup>706</sup>. Todas estas áreas se ven

---

<sup>702</sup> Vid. ZABEL, *Die Ordnung des Strafrechts*, 2017, p. 3.

<sup>703</sup> Por ejemplo, por el recurso al Derecho administrativo sancionador, supervisión de los órganos administrativos, inhabilitaciones, multas, cancelación de la licencia, etc.

<sup>704</sup> Así WOHLERS, en DYSON/VOGEL, (eds.), *The limits of criminal law: anglo-german concepts and principles*, 2018, p. 236.

<sup>705</sup> Vid. RICHARDS/SMITH, «The tensions of political control and administrative autonomy», en CHRISTENSEN/LAEGREID (eds.), *Autonomy and regulation*, 2006, p. 181. Como sostienen los autores “There is a considerable tension between the desire to delegate and the political imperatives, which reinforces the need to control”.

<sup>706</sup> Cfr. NIETO MARTÍN, en BAJO FERNÁNDEZ *et al.* (eds.), *Gobierno corporativo y Derecho penal*, 2008, p. 134; WOHLERS, en DYSON/VOGEL (eds.), *The limits of criminal law: anglo-german concepts and principles*, 2018, p. 240; GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Aproximación a la influencia del “Gobierno corporativo” sobre el Derecho penal económico», en BAJO FERNÁNDEZ *et al.* (eds.), *Gobierno corporativo y Derecho*

complementadas por el reconocimiento de las tareas de regulación y control que son llevadas a cabo por el Estado sobre el sector privado y que se materializan en reconocimiento estatal del valor jurídico de las agencias de certificación y de las medidas de riesgo de la actividad de empresa basadas en las reglas ISO<sup>707</sup>.

También puede pensarse en una gran variedad de ejemplos que se desarrollan en el ámbito del Derecho penal de la empresa, más concretamente en el entramado existente entre Derecho penal regulatorio, administrativo y sancionador, y la participación privada en el desarrollo e implementación de las medidas de prevención de la financiación del terrorismo, en la gestión de centros de refugiados y en los procesos administrativos de extradición<sup>708</sup>.

En suma, como menciona LAUFER, la mezcla de regulación y controles formales (del Estado) e informales (implementados por agencias de rating, certificadoras privadas y/o agencias de autorregulación), característica del Derecho penal regulador, es un giro importante que debe ser tenido en cuenta en el estudio de la criminalidad de la empresa en la actualidad<sup>709</sup>.

Por su parte, y haciendo referencia a un punto de vista de carácter más abstracto, la autorregulación produce distorsiones en la práctica jurídica, pues existe un claro choque de racionalidades en el proceso de producción de reglas con efectos vinculantes<sup>710</sup>: por un lado, entre la racionalidad intrínseca a la prestación de servicios públicos y, por otro, la lógica de interés privado característica de la economía de mercado. Se trata de un conflicto entre la diversidad de intereses y juegos políticos presentes en la dinámica propia de la regulación y la escasez de tiempo que acompaña, necesariamente, a la realidad de las organizaciones híbridas. Estos elementos de la realidad estatal, del mercado y de la economía, no

---

*penal*, 2008, p. 151; BACIGALUPO, «El nuevo Derecho mercantil contable y el Derecho penal», en BAJO FERNÁNDEZ *et al.* (eds.), *Gobierno corporativo y Derecho penal*, 2008, p. 162.

<sup>707</sup> Según algunos autores, a pesar de la relevancia de los procesos de certificación, estos son solamente una fotografía de la situación de la empresa en el momento de la certificación. Normalmente, las estadísticas demuestran la degradación progresiva del sistema de *compliance* luego de que la empresa haya obtenido la certificación. GRAY *et al.*, «The influence of ISO 9000 Certification on process compliance», *Production and Operations Management*, (24 - 3), 2015, p. 379.

<sup>708</sup> Con detalles, REINISCH, «The Changing International Legal Framework for Dealing with Non-State Actors», en ALSTON (eds.), *Non-State Actors and Human Rights*, 2005, p. 37.

<sup>709</sup> Así, LAUFER, «The missing account of progressive corporate criminal law», *Journal of Law & Business*, (14 - 1), 2017, p. 94.

<sup>710</sup> Crítico sobre todo el tema, SCHEDLER, en SCHWEIZER/WINDISCH (eds.), *Integratives Rechtsdenken. Im Diskurs mit Philippe Mastronardi*, 2001, p. 104.

pueden ser dejados a un lado por los análisis teóricos presentados sobre el tema que ocupa nuestra atención.

## 2. Programas de compliance como autorregulación-regulada

Uno de los elementos característicos de la regulación es la flexibilización de las fuentes normativas, de modo que las reglas de *soft law* y de autorregulación logran permear más fácilmente la aplicación del Derecho público. En el ámbito financiero –que afecta más de cerca el contenido de las políticas expedidas en la lucha contra el BdeC– es incontestable la relevancia de los programas de *compliance* y las reglas de *corporate governance*. Según estos mecanismos, las empresas están autorizadas a editar sus propios códigos éticos, sus estrategias de competencia, sus sistemas de evaluación de riesgo de mercado, sus procesos de pagos de bonos y, hasta cierto punto, la definición y regulación de los riesgos que constituirán conductas antijurídicas<sup>711</sup>. En este aspecto, conviene mirar un poco más de cerca a los programas de compliance como receptor de los cambios producidos por el Estado regulador.

Como señala SIEBER, los programas de *compliance* representan un modelo de co-regulación estatal-privada<sup>712</sup>. Más concretamente, estos programas materializan la finalidad de servir al interés público en dos momentos: en el estadio de la autorregulación regulada *preventiva* (sistema de *compliance* implementado para garantizar que todos los miembros de la empresa actúen dentro del riesgo permitido) y autorregulación-regulada *reactiva*, que permite a las empresas colaborar con las autoridades cuando ya se haya cometido un delito al interior de la misma, pudiendo con ello obtener una disminución de la pena<sup>713</sup>. Desde una

---

<sup>711</sup> Cfr. MEHRAN *et al.*, «Corporate governance and banks: what have we learned from the financial crisis?», en DEWATRIPONT/FREIXAS (eds.), *The crisis aftermath: new regulatory paradigms*, 2012, p. 14; NIETO MARTÍN, «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en Derecho penal», en KUHLEN *et al.* (eds.), *Compliance y teoría del Derecho Penal*, 2013, p. 28; FEJOO SÁNCHEZ, «Autorregulación y derecho penal de la empresa: una cuestión de responsabilidad individual?», en ARROYO JIMÉNEZ/NIETO MARTÍN (eds.), *Autorregulación y sanciones*, 2015, p. 248; BOCK, «Strafrechtliche Aspekte der Compliance-Diskussion – § 130 OWiG als zentrale Norm der Criminal Compliance», *Zis*, (394), 2009, p. 70. Como subrayan PALERMO y BERMEJO: “se ha desarrollado un progresivo acoplamiento de la autorregulación empresarial con la heterorregulación jurídica (administrativa y penal), en el contexto de una estandarización de reglas técnicas de prevención de daños. BERMEJO/PALERMO, «La intervención delictiva del compliance officer», en ORTIZ DE URBINA *et al.* (eds.), *Compliance y teoría del Derecho Penal*, 2013, p. 171.

<sup>712</sup> Cfr. SIEBER, en DANNECKER *et al.* (eds.), *FS- Tiedemann*, 2008, p. 449.

<sup>713</sup> Según sostiene GOENA VIVES, la atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los supuestos de confesión y reparación es el reconocimiento de que “la empresa asume el papel del

perspectiva de costes y beneficios, sostiene BERMEJO que la co-regulación público/privada en materia de BdeC es *prima facie* más eficiente que la regulación pública, pues permite una reducción de costes para las empresas, al permitirles adecuar las normas a cada tipo de organización<sup>714</sup>.

Los modelos de *compliance* preventivos y reactivos dan cuenta, en realidad, de dos aspectos distintos de los programas de *compliance*. De un lado, se trata de medidas *ordinarias* de auto-organización, dirigidas a evitar la comisión de delitos, y a cumplir con el deber general de no ocasionar daños. Así entendida, la implementación de un programa de cumplimiento deficiente se traduce en un “defecto de organización” en el contexto empresarial<sup>715</sup>. De otro lado, sea en las medidas de *compliance reactivas* como en la implementación detallada de *compliance* que sirve a los intereses públicos, como son los desarrollados en el contexto de los sistemas de prevención del BdeC, se puede afirmar que su alcance trasciende el mero cumplimiento del *neminem laedere*.

En este sentido, parece claro que, si puede afirmarse que alguien que se “organiza” para no matar a otro se está “autorregulando”, lo mismo podría predicarse de la empresa que se “organiza” para no cometer delitos económicos<sup>716</sup>. Sin embargo, el contexto de la criminalidad económica de

---

Estado al cumplir con su confesión/reparación lo que el Estado pretende hacer con la sanción: volver a su statu quo ante de la producción del delito”. GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, 2017, p. 216.

<sup>714</sup> Vid. BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 270.

<sup>715</sup> Vid. NIETO MARTÍN, en BAJO FERNÁNDEZ *et al.* (eds.), *Gobierno corporativo y Derecho penal*, 2008, p.

<sup>716</sup> Cfr. COCA VILA, «¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?», en SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ (eds.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, 2013, p. 70. El autor sostiene que las reglas del Derecho penal son esencialmente de Derecho público, y que no habría legitimidad suficiente para complementarlas con reglas de autorregulación. COCA VILA sostiene esta opinión –minoritaria– a pesar del evidente reconocimiento de los programas de *compliance* por el art. 31 bis CP, reconocimiento que permite disminuir, o incluso excluir, la responsabilidad penal de la persona jurídica. Interpretando su opinión, la misma se basa, seguramente, en la interpretación que da la Fiscalía General del Estado (Circular 1/2011) y que parece subestimar la relevancia de los programas de cumplimiento para la responsabilidad penal. Sin embargo, para continuar respetando el argumento de la interpretación vinculante de la norma, cabe subrayar que la, incluso la propia jurisprudencia del TS subraya el equívoco de la Circular de la fiscalía y reconoce que “el defecto estructural en los modelos de gestión, vigilancia y supervisión constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo”. STS no 221/2016, de 16 de marzo, ponente Marchena Gómez). Cf. NEIRA, «La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal», *Política criminal*, (11 - 22), 2016, p. 487.

empresa ofrece un panorama más complejo, que amerita un análisis más detenido<sup>717</sup>.

En efecto, hay escenarios en los que es evidente que las medidas de cumplimiento exigidas y adoptadas son mucho más rigurosas de lo que deberían ser para evitar cierto tipo de delitos. El más claro ejemplo de esta situación viene dado por un análisis del contenido detallado de las normas ISO. Por lo general, la extensión y nivel de detalle de las normas de cumplimiento ISO hacen que las empresas sometidas a su campo de acción se sobre-regulen, desarrollando sistemas de prevención innovadores que sobrepasan los intereses en la prevención de delitos y se acercan, más bien, a estrategias de funcionamiento ético y de creación de valor de mercado.

En el caso concreto de los sistemas de *compliance* en materia de BdeC, los aspectos extra-organizativos (es decir, de índole de prestación positiva) son más evidentes, pues dichos sistemas implican la implementación de medidas de colaboración que sirven, primordialmente, para satisfacer los intereses del Estado, como es el caso de la elaboración y administración de bancos de datos y la estructura de remisión de informaciones<sup>718</sup>. Es en este sentido en el que puede afirmarse, según la posición que aquí se defiende, que los sistemas de *compliance* pueden llegar a ser algo más que la simple organización para no cometer delitos. En este contexto, SILVA SÁNCHEZ considera que estos consisten, más bien, en incumbencias de las empresas como método de aseguramiento de los riesgos inherentes a estas<sup>719</sup>, pues no hay consecuencia alguna aparejada a la falta de implementación de dichos sistemas de prevención. No obstante, el autor también reconoce que en el contexto del Estado regulador, los supuestos de autorregulación derivados de la “co-producción privada de gobernanza” acaban imponiendo a las personas jurídicas incluso ciertos deberes de fomento, una

---

<sup>717</sup> Vid. NIETO MARTÍN, en BAJO FERNÁNDEZ *et al.* (eds.), *Gobierno corporativo y Derecho penal*, 2008, p. 135.

<sup>718</sup> Si se analiza de forma detallada, la Ley 10/2010 y su reglamento, de prevención del blanqueo de capitales, imponen un nivel de detalle para la organización interna de la empresa que sobrepasa la orientación general de los marcos mínimos de evitación del delito.

<sup>719</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, «La eximente de “modelos de prevención de delitos” Ramón . Fundamento y base para una dogmática», en RAGUÉS I VALLÈS/ROBLES PLANAS (eds.), *Delito y empresa: estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial*, 2018, p. 243.



“nueva función de agente de control <sup>720</sup>”. Entonces, en el momento en el cual se suman las reglas derivadas de la autorregulación vinculante con la praxis de las empresas, acaba generándose un ámbito de doble sanción penal, es decir, la pena de las personas físicas por cometer o no impedir el delito y la impuesta a la persona jurídica por no prevenirlo.

La afirmación anterior trae aparejada una consecuencia lógica que puede expresarse a través de la siguiente pregunta: ¿hasta qué punto pueden los sistemas de *compliance* ser considerados manifestación de una organización tradicional para evitar la causación de resultados lesivos? o acaso, ¿son más bien una manifestación de las potestades de autorregulación incorporadas en la actualidad al ámbito de aplicación de las normas penales? Hasta donde alcanzo, la respuesta a estos cuestionamientos depende, fundamentalmente, del grado de legitimidad y vinculación de las directrices de autorregulación sobre el sector regulado que orientan el programa de *compliance*.

En efecto, para concebir dichos programas en los marcos de la autorregulación-regulada hay que verificar si estos de hecho ejercen una potestad que está condicionada y regulada por instrumentos que van más allá de las leyes: también se somete a las empresas a las reglas del sector, a las normas de *soft law*, y a la orientación internacional que busca mitigar los riesgos de la actividad. Adicionalmente, estos sistemas de autorregulación-regulada se encuentran sometidos, cada vez de forma más intensa, al control del Derecho administrativo y a pautas de comportamiento empresarial que trascienden las fronteras nacionales<sup>721</sup>. En este sentido, es necesario subrayar tanto el reconocimiento legislativo de la relevancia de los programas de *compliance* al momento de determinar la existencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas como también, de manera especial, la interconexión existente entre los códigos de

---

<sup>720</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, «La exigente de “modelos de prevención de delitos” Ramón . Fundamento y base para una dogmática», en RAGUÉS I VALLÈS/ROBLES PLANAS (eds.), *Delito y empresa: estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial*, 2018, p. 241.

<sup>721</sup> Cfr. COCA VILA, «¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?», en SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ (eds.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, 2013, p. 69 ss.

gobierno corporativo<sup>722</sup> y la implementación de sistemas de responsabilidad penal de los directivos de empresa en materia de prevención de la corrupción<sup>723</sup>.

Ese tipo de relación se incrementa con la expedición de los *Códigos éticos* de gobierno corporativo (*Corporate Governance Kodex*), editados por las agencias reguladoras de diversos países europeos para demandar los códigos de ética de las empresas que cotizan en el mercado de valores<sup>724</sup>. En esencia, los Kodex son reglamentos que estimulan la creación de sistemas internos de *compliance*, promueven la transparencia en el manejo de informaciones contables disponibles para los inversores, y pretenden mejorar la calidad del gobierno corporativo en las empresas. Debido a la calidad de sus pretensiones, se discute ampliamente la naturaleza jurídica de dichos *Kodex*: ¿hacen parte del Derecho público o del Derecho privado<sup>725</sup>? En principio, su regulación no debería producir efectos, más allá de facilitar el control de las empresas (mecanismos internos de gestión y autorregulación) por parte de las agencias reguladoras. Sin embargo, en los últimos años, la jurisprudencia alemana ha reconocido la infracción de las reglas de gobierno corporativo como elemento suficiente para atribuir responsabilidad por el delito de administración desleal (*Untreue*)<sup>726</sup>.

En esta misma línea, la peculiar configuración de las normas extrapenales referidas a la prevención del BdeC, hace que los sistemas de *compliance* en esta

---

<sup>722</sup> Vid. NIETO MARTÍN, en ARROYO JIMÉNEZ/NIETO MARTÍN (eds.), *Autorregulación y sanciones*, 2008, p. 106.

<sup>723</sup> Vid. NIETO MARTÍN, en KUHLEN *et al.* (eds.), *Compliance y teoría del Derecho Penal*, 2013, p. 28.

<sup>724</sup> Para mencionar un ejemplo, Alemania ha publicado en 2002 el *Deutscher Corporate Governance Kodex*, para promover el Mercado bursátil alemán y facilitar la negociación de las acciones de empresas alemanas en el mercado internacional de valores, pues ofrece unos estándares mínimos de seguridad en la gestión económica, así como unos patrones éticos de negociación en la cadena de filiales y en la relación de la empresa con terceros. ROTSCH, «Criminal compliance - Begriff, Entwicklung und theoretische Grundlegung», en ROTSCH (eds.), *Criminal Compliance Handbuch*, 2015, nm. 22; MICHAELSEN, *Abweichungen vom Deutschen Corporate Governance Kodex*, 2011, p. 212, SIEBER, «Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht», *FS-Tiedemann*, 2008, p. 454. En España, la Comisión Nacional de Mercado de Valores publica anualmente una recopilación de las buenas prácticas de gobierno corporativo para las empresas que cotizan en la bolsa española. Cf. Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas. Disponible en [https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/Codigo\\_buen\\_gobierno.pdf](https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/Codigo_buen_gobierno.pdf). Acceso en 21.04.2019. Los códigos de buen gobierno en el Derecho español son también esenciales para definir los canales de denuncia internos (*whistleblowers*) que, en un segundo momento, tendrán también efectos penales. Cf. RAGUÉS I VALLÈS, «Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de los delitos en la empresa», en MONTANER FERNÁNDEZ/SILVA SÁNCHEZ, Jesus Mária (eds.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, 2013, p. 184.

<sup>725</sup> Así, KESSLER, *Strafrechtliche Aspekte von Corporate Governance*, 2012, p. 120.

<sup>726</sup> Cfr. MICHAELSEN, *Abweichungen vom Deutschen Corporate Governance Kodex*, 2011; p. 276; KESSLER, *Strafrechtliche Aspekte von Corporate Governance*, 2012, p. 142.

área sean fácilmente reconocibles a partir de la aplicación de los criterios propios de la autorregulación-regulada<sup>727</sup>.

Finalmente, hay que subrayar la relevancia de los códigos éticos internos de la empresa (autorregulación) al momento de definir los deberes de los empleados y el modo en que estos deben actuar frente a una sospecha de BdeC. En este contexto, los manuales internos de prevención son reconocidos tanto por la norma administrativa (art. 33 Decreto real 304/2014), por la jurisprudencia, así como por regulaciones esenciales para la determinación de la responsabilidad penal por la comisión de delitos de empresa<sup>728</sup>. A modo de ilustración de este último escenario, existen evidencias suficientes que demuestran que, en la práctica, los bancos disfrutaban de gran autonomía para crear sus propias normas de cuidado, normas a las que, obviamente, se encuentran sometidos<sup>729</sup>. De esta forma es posible cuestionar la legitimidad de los estándares de cuidado de un sector que, en última instancia, termina decidiendo autónomamente los límites de su propia conducta imprudente.

Con base en lo anterior, es posible afirmar que en lo relativo a las políticas de prevención del blanqueo, nos encontramos frente un proceso que debe ser definido como un proceso de cooperación y coordinación compartida<sup>730</sup> de estrategias de prevención, y no como una relación de la imposición vertical de prohibiciones y deberes por parte del Estado. La dinámica del sistema financiero permite evidenciar, casi sin lugar a equívocos, un modelo de auto-vinculación de las entidades adscritas (entendidas, en su conjunto como categoría general y no cada institución individualmente considerada) al momento adoptar y adecuar los programas públicos de lucha contra el blanqueo.

---

<sup>727</sup> Así, SIEBER, «Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht», *FS- Tiedemann*, 2008, p. 463; FLEISCHER, «Legal transplants im deutschen Aktienrecht», *NZG*, (24), 2005

<sup>728</sup> Como subraya NIETO MARTÍN, las normas de conducta interna de la empresa “comparten el mismo ADN” que los códigos éticos, pues una empresa solo podrá garantizar que sus directivos y empleados cumplan con la ley cuando se esfuerce para que éstos asuman los valores éticos que demanda la ley estatal. (EL MISMO, en BAJO FERNÁNDEZ *et al.* (eds.), *Gobierno corporativo y Derecho penal*, 2008, p. 135).

<sup>729</sup> Según FAVAREL-GARRIGUES *et al.*: “Inquires reveal that banking institutions enjoy wide room for manoeuvre, giving rise to the creation of ‘secondary application norms’”. (“Sentinels in the banking industry”, p. 2.).

<sup>730</sup> Lo que tradicionalmente se denomina “*Hybrid regulations*”. FAVAREL-GARRIGUES *et al.*, “Sentinels in the banking industry”, p. 2.

Para finalizar esta sección, hay que mencionar una consecuencia importante de los efectos penales que tiene el reconocimiento de los programas de *compliance* como mecanismos de autorregulación. Por un lado, es preciso considerar los límites de la incorporación de dichos programas al Derecho penal en relación con las exigencias del principio de legalidad. De hecho, aunque la autorregulación pueda llegar a ser aceptada como un instrumento en sede del Derecho penal para medir la imprudencia, hay que poner especial atención al grado de legitimidad y aceptación con que cuentan las reglas de autorregulación al interior del propio sector regulado. En efecto, las normas de autorregulación que cuentan con el mínimo de legitimidad requerido son aquellas producidas en foros colectivos, en los cuales tienen voz y participación múltiples agentes que se someterán a estas mismas reglas en el futuro.

Por otro lado, es importante reconocer que el hecho de asumir voluntariamente mayores estándares de *compliance* y autorregulación no significa la exigencia de un grado mayor de responsabilidad que aquel que se exige a quienes se encuentran sometidos a las reglas generales. En otras palabras, no tendría sentido exigir más responsabilidad de los trabajadores de las empresas que se organizan con criterios de calidad superiores a los exigidos por la Ley o por el sector, siempre y cuando estos trabajadores hayan cumplido los estándares generales establecidos para el área del negocio a que se dedican. De lo contrario, se estaría castigando con más rigor a las empresas que están más dispuestas a innovar y a ser más rigurosas en la prevención de delitos e infracciones administrativas.

### 3. Cooperación público-privada para prevenir el BdeC

Tradicionalmente, la cooperación público-privada es un mecanismo de delegación de áreas propias de la administración de empresas que forman parte del interés del sector público<sup>731</sup>, como por ejemplo, las tareas de administración de carreteras o la inversión en infraestructura con gastos compartidos con el Estado. Se trata de un mecanismo contractual que favorece a los intereses de “disminuir el tamaño<sup>732</sup>” del Estado e implica la ventaja inmediata consistente en el ahorro de costos. De otra parte, las técnicas de cooperación público-privada

---

<sup>731</sup> Estas técnicas pueden ser desarrolladas por medio de una relación contractual, o a través de la incorporación orgánica de los particulares a la ejecución de las finalidades públicas. BUDÄUS/GRÜB, *Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen*, (30 - 3), 2012, p. 246.

<sup>732</sup> Vid. YEUNG, en BALDWIN *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of Regulation*, 2010, p. 64.

implican que se disminuye asimismo el potencial de control por parte del Estado sobre las tareas delegadas y, en consecuencia, se genera una cierta asimetría en términos de obtención y administración de información u otras situaciones problemáticas que deberán ser compensadas a través de la implementación de deberes de transparencia e información asignados a los particulares<sup>733</sup>.

En el ámbito penal, una de las áreas más conocidas en que se desarrolla la cooperación público-privada es en la administración de cárceles, en aquellos países que han optado por privatizar la gestión de estas instituciones<sup>734</sup>, o en los casos de intervenciones que demandan la cooperación de países y empresas para la protección de nichos sectoriales, como los delitos informáticos o la prevención de la piratería<sup>735</sup>.

En esta línea, muchos autores consideran que las políticas de prevención del BdeC representan la privatización de las tareas de seguridad de las transacciones financieras, pero con cargas aún más pesadas para el sector privado<sup>736</sup>. Se advierte que, en los casos más comunes de privatización de servicios públicos como la gestión de aguas, electricidad, etc., los particulares reciben una compensación por el ejercicio de dichas tareas, en la forma de pago por los clientes según la prestación del servicio. En cambio, en las tareas de garantía de la seguridad de los sistemas financieros para prevenir el BdeC, los sujetos obligados asumen esta tarea a sus propias expensas<sup>737</sup>.

Las *public-private partnerships* cuentan con un enorme potencial que, en los próximos años, cambiará de manera todavía más evidente el campo del Derecho

---

<sup>733</sup> HOPPE/SCHMITZ, «Public-private partnerships versus traditional procurement: Innovation incentives and information gathering», *Rand Journal of Economics*, (44 - 1), 2013, p. 57. En síntesis, de acuerdo con estos los autores: “the private entity the private-sector entity may become better informed than the public authority about the costs that may arise in the operation stage when changes in circumstances occur.”

<sup>734</sup> ARRIAGADA GAJEWSKI, «De cárceles y concesiones: Privatización carcelaria y penalidad neoliberal», *Rev. Derecho*, (25 - 2), 2012, p. 32 ss.

<sup>735</sup> Vid. LÓPEZ LORCA, «Estrategias de cooperación en la lucha contra la piratería marítima. Un ejemplo de gobernanza global», en NIETO MARTÍN/GARCÍA MORENO (eds.), *Ius Puniendi y global law: hacia un Derecho penal sin Estado*, 2019, p. 246.

<sup>736</sup> VLCEK, «Privatising Security in Finance: Measures Against the Money Threatening Society», en BURES/CARRAPICO (eds.), *Security Privatization: how non-security-related private businesses shape security governance*, 2018, p. 104. En el mismo sentido, FAVAREL-GARRIGUES *et al.*, «Reluctant partners? Banks in the fight against money laundering and terrorism financing in France», *Security Dialogue*, (42 - 2), 2011. Según los estudios indicados por el primero autor, los costes de manutención de los sistemas de prevención del BdeC superan el 10% de los empleados de los mayores bancos multinacionales.

<sup>737</sup> Cfr. LAUFER, *Journal of Law & Business*, (14 - 1), 2017.

penal económico: se trata de un ámbito jurídico que vive un acelerado proceso de expansión, especialmente como consecuencia de la necesidad de prevención de delitos transnacionales, tales como el BdeC<sup>738</sup>. Dicha estrategia de *public-private partnerships* en materia penal responde, en efecto, a un modelo de regulación del Estado (*responsive regulation*)<sup>739</sup>, que entiende que la cooperación con los particulares es igualmente más eficiente en los casos de reiteradas infracciones por parte de las empresas (*non-compliance*), y para auxiliar al Estado en la persecución de delitos más complejos o tecnológicos.

En efecto, si a estas alturas todavía quedaba alguna duda sobre la delegación de tareas de prevención de los sujetos obligados, esta se resuelve frente al presente desarrollo de las técnicas de prevención a nivel internacional, que empiezan a testar las cooperaciones público-privadas en materia de prevención del BdeC y demás delitos financieros<sup>740</sup>. Las experiencias en ese sentido se hallan más avanzadas en el Reino Unido y en Australia. En 2015, el Reino Unido inició el grupo conocido como *Joint Money Laundering Task-Force* (JMLIT). En esencia, el modelo JMLIT representa la implementación de una cooperación público-privada entre la Unidad de Inteligencia Financiera inglesa, los altos cargos de la policía (especializados en la investigación de la delincuencia económica) y los bancos, con la finalidad de recabar informaciones más precisas sobre la tipología de transacciones utilizadas en los esquemas de blanqueo de capitales<sup>741</sup>. Adicionalmente, uno de los objetivos del JMLIT es permitir a los órganos de investigación un contacto e intercambio más cercano con los bancos,

---

<sup>738</sup> HARDOUIN, «Banks governance and public-private partnership in preventing and confronting organized crime, corruption and terrorism financing», *Journal of Financial Crime*, (16 - 3), 2009; MAXWELL, *Expanding the Capability of Financial Information-Sharing Partnerships*, 2019; BUDÄUS/GRÜB, *Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen*, (30 - 3), 2012, p. 247 ss.

<sup>739</sup> Como sostiene BRAITHWAITE, hay un consenso en la regulación empresarial de que la punición recurrente por el no cumplimiento normativo en las empresas es una mala política jurídica. Más eficiente, por otro lado, es la llamada a la cooperación de la empresa para intentar garantizar su cumplimiento por medio del reconocimiento de los planes ya puestos en marcha y de la persuasión relacionada a las sanciones de pérdida de licencia o de inhabilitación, más allá de la aislada amenaza de sanción penal. BRAITHWAITE, *Restorative justice and responsive regulation*, 2002, p. 30.

<sup>740</sup> Cfr. VOGEL, Benjamin, «Reinventing EU anti-money laundering», en MAILLART/VOGEL, Benjamin (eds.), *National and international anti-money laundering law*, 2020, p. 890.

<sup>741</sup> Los creadores del JMLIT lo definen precisamente como una cooperación público-privada: “The model is that of collaboration and collective ownership. It provides an environment for the financial sector and government to exchange and analyse intelligence to detect, prevent and disrupt money laundering and wider economic crime threats against the UK”. *Public-private information sharing partnerships to tackle money laundering in the finance sector*, p. 2. Disponible en <http://thecommonwealth.org/sites/default/files/inline/4%20UK%20approach%20to%20public-private%20partnerships.pdf>. Acceso en 10.04.2019.

estableciendo mecanismos de *feedback*, que permitan crear una red de inteligencia entre agentes públicos y privados para poder comprender de forma más adecuada las tendencias de la criminalidad organizada en materia de movilización y ocultamiento de fondos ilícitos<sup>742</sup>.

En Australia, el proyecto de *public-private partnership* para combatir el BdeC es aún más innovador. Creado en 2017, el *Fintel Alliance* cuenta con 28 miembros del gobierno y sector privado (bancos y casinos) para reforzar el sistema de intercambio de informaciones entre ambos y así lograr mejores sinergias en el monitoreo del flujo de capitales ilícitos. Con todo, la metodología de trabajo que han desarrollado difícilmente sería considerada constitucional en los países de *civil law*. El *Fintel Alliance* posee dos núcleos operativos: el núcleo de innovaciones y el núcleo de operaciones<sup>743</sup>. En ambos, los miembros del sector público (fuerzas y cuerpos de seguridad o integrantes de la Unidad de Inteligencia Financiera) comparten físicamente el espacio de trabajo para acelerar el proceso de análisis de información e intercambio de inteligencia<sup>744</sup>.

Pero las iniciativas de cooperación público-privada no son exclusividad de los países de *common law*. Recientemente, la Comisión europea ha publicado un “Plan de Acción” para la prevención del delito de BdeC, en el cual se prevé la ampliación de dichos mecanismos de cooperación a nivel europeo. La idea de fondo de esta iniciativa es, primeramente, el refuerzo del intercambio de informaciones entre el sector público y el privado en materia de prevención de delitos financieros y, en particular, respecto al BdeC. Según el Plan de Acción, la cooperación público-privada para la prevención del BdeC consiste en el intercambio de informaciones entre miembros de la Administración de Justicia,

---

<sup>742</sup> El JMLIT es un convenio celebrado entre la Agencia Nacional de Policía (National Crime Agency - NCA), la Policía de Londres, el Ministerio del interior, la Asociación británica de bancos y otras instituciones financieras. Según el gobierno inglés, la finalidad del JMLIT es “to improve intelligence sharing arrangements to aid the fight against money laundering and build upon the national leadership against organized economic and financial crime provided by the Economic Crime Command in the NCA”. JMLIT, *Anti-money laundering taskforce unveiled*, Disponible en <https://www.gov.uk/government/news/anti-money-laundering-taskforce-unveiled>. Acceso en 19.04.2019.

<sup>743</sup> Toda la información está disponible en la página web de la Unidad de Inteligencia Financiera Australiana, la Austrac. Disponible en: <https://www.austrac.gov.au/about-us/fintel-alliance>. Acceso en 08.07.2020.

<sup>744</sup> Esta es la definición del Operational Hub: “The Operations Hub is a set of physical spaces where Fintel Alliance partners collaborate, exchange and analyse information and intelligence in real-time, to create new analysis and intelligence products”. Vid. AUSTRAC, *Fintel Alliance annual report 2018-2019*, p. 22. Disponible en: <https://www.austrac.gov.au/sites/default/files/2019-11/Fintel%20Alliance%20Annual%20Report%202018-19.pdf>. Acceso en 08.07.2020.

Unidad de Inteligencia Financiera y el sector privado<sup>745</sup>. En concreto, esta cooperación ya está en marcha formalmente en Holanda<sup>746</sup> y entre la Europol y seleccionadas entidades financieras<sup>747</sup>, e informalmente en varios estados miembros, incluso España<sup>748</sup>. Además, mecanismos semejantes de *public-private partnership* para hacer operativa la lucha contra el BdeC están en marcha en Estados Unidos, Canadá, Hong Kong y Singapur<sup>749</sup>, y están en vías de consolidación en Alemania<sup>750</sup>.

Como se ve, el proceso de delegación de facultades para la la prevención del BdeC a los sujetos obligados avanza rápidamente hacia un modelo híbrido, en el cual los particulares tendrán cada vez más autonomía para identificar los riesgos y definir las políticas de prevención, y también mayores responsabilidades, pues asumen una posición de auxiliares de los funcionarios públicos en la identificación de los delitos financieros.

---

<sup>745</sup> Communication from the Commission on an Action Plan for a comprehensive Union policy on preventing money laundering and terrorist financing, p. 13 s. En la definición del plan de acción las cooperaciones tienen un papel de relieve: “PPPs involve sharing information between law enforcement authorities, FIUs and the private sector. They can take various forms. Some are limited to exchanges of information on typologies and trends by FIUs and law enforcement to obliged entities. Others consist of sharing operational information on intelligence suspects by law enforcement authorities to obliged entities for the purposes of monitoring the transactions of these suspects. Any sharing of information that includes personal data must fully comply with data protection legislation and respect the mandates of the authorities involved”.

<sup>746</sup> MAXWELL, *International developments in public/private financial information sharing to disrupt crime*, p. 7. Disponible en: <https://www.fintechinn.lt/wp-content/uploads/2019/12/Nick-Maxwell.pdf>. Acceso en 07.07.2020. Asimismo, la pagina de la Unidad de Inteligencia Financiera de ese país subraya la necesidad de cooperación cercana con los sujetos obligados para alcanzar sus fines: “Close cooperation between the partners is crucial if we are to take an effective stance against these crimes”. Disponible en: <https://www.fiu-nederland.nl/en/about-the-fiu/national-cooperation>. Acceso en 07.07.2020.

<sup>747</sup> EUROPOL, *2018 Consolidated Annual Activity Report*, p. 45: “Europol’s TFTP function joined the Europol Financial Intelligence Public-Private Partnership (EFIPPP), which is an initiative launched by Europol at the end of 2017 and constitutes the first transnational financial information sharing mechanism in the field of anti- money laundering and counter-terrorist financing. Members of the EFIPPP (13 major banks, 6 EU MS, US and Switzerland) started sharing strategic financial intelligence to build a common intelligence picture and understanding of the threats and risks”. Disponible en: <https://www.europol.europa.eu/publications-documents/consolidated-annual-activity-report-caar-2018>. Acceso en 07.07.2020.

<sup>748</sup> La memoria del Sepblac de 2016 ya disponía que era una de sus principales finalidades para los próximos años “potenciar el diálogo fluido con el sector privado y la sociedad civil, continuar avanzando en temas como el de-risking, la inclusión financiera y la *cooperación público-privada*, así como analizar los nuevos escenarios financieros y la incidencia de los operadores Fintech y Regtech”. SEPBLAC. *Memoria de actividades 2016*, p. 1. Disponible en: [https://www.sepblac.es/wp-content/uploads/2018/02/memoria\\_2016.pdf](https://www.sepblac.es/wp-content/uploads/2018/02/memoria_2016.pdf). Acceso en 07.07.2020.

<sup>749</sup> MAXWELL, *RUSI*, 2019, p. xii.

<sup>750</sup> “Banken, BaFin, BKA gegen Geldwäsche”, noticia de 21.09.2019 del periódico Börsen-Zeitung. Disponible en: <https://www.boersen-zeitung.de/index.php?li=1&artid=2019182003>. Último acceso: 03.11.2019.



## PARTE III – DEBERES DE COLABORACIÓN

### I. ¿QUÉ SON LOS DEBERES DE COLABORACIÓN?

#### 1. Introducción: la colaboración en el BdeC

Las cuestiones abordadas al tratar la noción de Estado regulador nos han permitido mostrar en qué medida se han sentado las bases para el desarrollo y la proliferación de mecanismos de delegación de tareas públicas a los particulares. Asimismo, hemos podido comprobar cómo la lógica de la seguridad y de la eficiencia, característica del Estado regulador, ha implicado, simultáneamente, que el Derecho penal vaya adquiriendo rasgos regulatorios. En este contexto, la intervención del Derecho penal se desarrolla en una relación entre el Estado y los particulares que es típica de la lógica de eficiencia e intervención estratégica del Derecho administrativo sancionador<sup>751</sup>. Visto desde una perspectiva crítica, lo cierto es que estos fenómenos ponen en jaque a algunos principios básicos en Derecho penal, como el de *ultima ratio* o el principio de legalidad<sup>752</sup>. Particularmente en relación con el último, debe advertirse que la delegación de tareas públicas a los particulares *no* puede conllevar amenaza de pena a menos que los deberes jurídico-penales estén claramente definidos, pues, de otro modo, se estaría colisionando frontalmente con el principio de legalidad. Con respecto al principio de *ultima ratio*, es asimismo inadecuado utilizar el Derecho penal como una herramienta en las estrategias de regulación (para facilitar la investigación de otros delitos, o para permitir el bloqueo de bienes), desconsiderando la gravedad que la amenaza de pena representa para el particular.

Aún en cuanto al deber de informar, recuérdese que en los capítulos anteriores hemos advertido en diferentes momentos<sup>753</sup> que el desarrollo del sistema de prevención del BdeC se ha consolidado como un sistema de recopilación de información. Evidentemente, en primera instancia son los propios funcionarios

---

<sup>751</sup> En sentido semejante a lo afirmado, vid. NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, 2008, p. 224.

<sup>752</sup> Vid. *supra* Parte I, Cap. IV: “Blanqueador colaborador”.

<sup>753</sup> Vid. *supra* Part I, Cap. II.3.

quienes impulsan y desarrollan ese sistema de inteligencia en las UIFs. Ahora bien, estos funcionarios cuentan asimismo con la estrecha colaboración de los sujetos obligados, quienes desempeñan labores muy parecidas a las tareas policiales de vigilancia y recopilación de datos personales<sup>754</sup>. Esta colaboración entre funcionarios y sujetos obligados se adapta muy bien al paradigma que venimos mencionando, por el cual los particulares ejercen funciones semejantes a la de los funcionarios públicos, en una relación de cuasi-equivalencia de funciones<sup>755</sup>.

Si a la evolución anterior le sumamos el actual proceso de transformación del Derecho penal, con una *vis* intervencionista en las actividades económicas cada vez más pronunciada, no es extraño que desde los inicios de la criminalización del BdeC se reconociera la importancia de la colaboración del sector privado — especialmente, de los bancos— para la prevención de este delito. El sector financiero, por su parte, comprendió rápidamente el rol *cuasi-policial* que se le asignaba<sup>756</sup>.

Como consecuencia de lo anterior, en el modelo del Estado regulador se produce una evidente reorganización de tareas preventivas entre particulares y Estado, lo que no constituye un tema menor ni exento de problemas. No en vano, esa reorganización de tareas pone a las claras la petición que el Estado envía a los particulares de que actúen en conjunto con (y bajo la supervisión de) los

---

<sup>754</sup> VOGEL, Benjamin, «Reinventing EU anti-money laundering», en MAILLART/VOGEL, Benjamin (eds.), *National and international anti-money laundering law*, 2002, pp. 908 ss. Subraya este autor que las UIFs, que de modo general carecen del acceso directo a los datos de los consumidores, no se limitan a reclamar estos datos a los sujetos obligados, sino que también delegan en estos la tarea de supervisión continuada de riesgos, para así complementar la vigilancia de la propia UIF. En sus palabras: “Consequently, the FIU does not merely request information, through delegation of this task to obliged entities, effectively subjects customers to continuous monitoring. One must therefore conclude that FIU’s gathering of customer customer data, insofar as it is meant to serve CDD and reporting obligations, constitutes a form of surveillance”.

<sup>755</sup> HIMAAMBO, «Role of Banks as Private Police in the Anti-Money Laundering Crusade», *Bocconi Legal Papers*, (9), 2017, enfatiza el rol de policía privada que el sistema de prevención de BdeC ha atribuido a los bancos.

<sup>756</sup> Es habitual que en la literatura sobre prevención de la financiación del terrorismo y de la corrupción se reconozca la importancia de la tarea preventiva que lleva a cabo el sector financiero: “The financial sector supports the cost of protecting himself like any other business, plus the cost of the financial regulation putting on the financial sector responsibility for the protection of the economy and the society as a whole. It has to comply with complex, numerous and inflationary regulations aiming at preventing and confronting organized crime, corruption and terrorism. [...] due to its strategic position, the financial sector becomes a tool for, an auxiliary of law enforcement authorities” (HARDOUIN, «Banks governance and public-private partnership in preventing and confronting organized crime, corruption and terrorism financing», *Journal of Financial Crime*, (16 - 3), 2009, p. 201).

funcionarios públicos en la realización de tareas que, en principio, podrían ser ejecutadas exclusivamente por estos. En este contexto, y frente a todo lo que hemos afirmado con respecto del BdeC hasta ahora, el deber de colaboración al que se refieren estas páginas puede sintetizarse así: se trata de un deber delegado por parte del Estado hacia un grupo específico de particulares, para que estos actúen proactivamente en favor del interés público en la prevención del delito y en fomento de las funciones preventivas de la Administración de Justicia. Por ello, como punto de partida para el reconocimiento de los deberes de colaboración de los particulares hay que subrayar (i) la existencia de *deberes jurídico-públicos especiales que acarrear la delegación de tareas*, así como el (ii) ejercicio de funciones que se traducen en la prestación de servicios por parte de particulares que originariamente se había asignado a los funcionarios públicos.

En el concreto marco del BdeC, encontramos ejemplos arquetípicos de delegaciones de tareas que consisten en un deber de colaboración de los sujetos obligados. Ellos deben cumplir con el deber primario de información, investigación y denuncia de actividades sospechosas de blanqueo, así como con los deberes secundarios, correlativos a estos, de mantener bases de datos de consulta y acceso libres para la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF), o la obligación de establecer con esta Unidad una comunicación directa de reenvío de informaciones y denuncia de operaciones sospechosas de blanqueo<sup>757</sup>.

En lo que respecta a la obligación de impedir el blanqueo por parte de terceros (clientes de los sujetos obligados), esta se proyecta en el tipo penal por distintas vías, a saber, (i) por medio de la prohibición de las conductas de ocultación (de la ubicación, destino, movimiento o derechos sobre bienes potencialmente ilícitos) y de las conductas de adquisición, posesión y uso de capital que se sospecha ilícito y, lo que es más preocupante desde el punto de vista del principio de la legalidad, (ii) a través del castigo indirecto de la infracción de los deberes de colaboración de naturaleza administrativa cuando se castiga a los particulares acudiendo al blanqueo en comisión por omisión (que no sea equivalente material

---

<sup>757</sup> Vid. WOHLERS, «Der Gesetzentwurf zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden», *ZGR*, (2 - 3), 2016, p. 367. PLAUMANN-EWEDWALDBESLOH/ZEMKE, «Einleitung», en PLAUMANN-EWEDWALDBESLOH/ZEMKE (eds.), *Bankenkommentar zum Geldwäscherecht*, 2013, nm. 40 ss.; MAXWELL, «Expanding the Capability of Financial Information-Sharing Partnerships», *RUSI*, (Occasional Paper), 2019, p. 35 ss.

y normativamente a la acción), o al blanqueo por imprudencia grave, como consecuencia de la no implementación de las medidas de diligencia debida<sup>758</sup>.

Al respecto, SILVA SÁNCHEZ sintetiza elocuentemente las consecuencias penales a las que están expuestos los sujetos obligados por la infracción de los deberes de colaborar. Según este autor, a los sujetos obligados se les imponen deberes policiales,

“convirtiéndolos en colaboradores forzosos del Estado. Dado, por lo demás, que dichos deberes policiales se entienden en no pocas ocasiones como deberes de garante, su vulneración se estima suficiente para fundamentar una responsabilidad por el propio delito de blanqueo”<sup>759</sup>.

Las demás medidas de prevención detalladas en la L.O. 10/2010 y en el Real Decreto 304/2014 (por ejemplo, las medidas de diligencia debida o el mantenimiento de bancos de datos) puede considerarse como deberes secundarios que derivan del deber primario de investigar e informar sobre operaciones sospechosas, en el sentido de que todas ellas le ofrecen al sujeto obligado los medios y el soporte para que pueda cumplir con la obligación principal de reportar transacciones sospechosas a las autoridades. Con todo, pese a la diferencia esencial existente entre deberes primarios y secundarios de prevención, no creo equivocado considerar a ambas categorías como deberes metapenales<sup>760</sup>, en la medida en que su incumplimiento puede generar indirectamente responsabilidad penal.

Así las cosas, *de lege lata* está claro que los deberes de prevención e información (denuncia) impuestos a los sujetos obligados se traducen exclusivamente en

---

<sup>758</sup> En el mismo sentido vid. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Blanqueo de capitales y abogacía», *InDret*, (1), 2008, p. 16. Como subraya este autor, “exigir a particulares, en concreto a profesionales liberales sin medios para ello, que lleven a cabo verdaderas actividades policiales ajenas totalmente a su profesión, constituye la atribución de una suerte de rol social que en realidad no les corresponde. Y no nos estamos refiriendo a aquellos casos, naturalmente, en los que medie organización delictiva común –si existe reparto de tareas entre blanqueador y abogado resulta de todo punto irrelevante incluso que existan unos deberes de prevención para el segundo–, sino a los supuestos límite en los cuales, por existir la incriminación del delito de blanqueo en su modalidad imprudente, la pretendida infracción del deber de cuidado por parte del letrado puede acabar siendo deducida, precisamente, por el incumplimiento de tales –exacerbados– deberes”.

<sup>759</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (eds.), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, 2011, p. 135.

<sup>760</sup> La expresión es de HANTSCHERL, (*Die strafrechtliche Unterlassungsverantwortlichkeit eines betrieblichen Datenschutzbeauftragten*, 2015, p. 129), quien considera como metapenales los efectos directos de la norma administrativa sobre el Derecho penal.

deberes administrativos, pues no existe hasta la fecha un deber *penal* de denunciar las transacciones sospechosas de BdeC. Y, a primera vista, las consecuencias penales que se anudan al BdeC no se presentan como un refuerzo de los deberes administrativos, sino que se refieren al deber general de abstenerse de blanquear capitales. En definitiva, los deberes penales del tipo de BdeC se corresponden con la responsabilidad por organización o basada en el *neminem laedere*. En esa línea, y en consonancia con lo afirmado por BERMEJO, debe entenderse que el deber penal fundamental del sujeto obligado es un deber negativo, “de no abrir la puerta, que de entrada se halla cerrada, si con ello se generaría un riesgo relevante para bienes jurídicos”<sup>761</sup>.

Ahora bien, hay que reconocer que determinados deberes positivos (administrativos) de prevención del blanqueo y de información respecto a estas conductas pueden acabar acarreando responsabilidad penal por imprudencia u omisión y, en ese sentido, constituyen más que un deber negativo “de no abrir la puerta”. Son, en realidad, un deber de llamar a la policía a cada vez que alguien sospechoso toque el timbre. Esto requiere de ulterior explicación.

Ciertamente, por un lado, los sujetos obligados son titulares de deberes negativos dirigidos a evitar los riesgos característicos de su actividad –gráficamente: el deber de “no abrir la puerta”–. Estos se concretan, más precisamente, en los deberes de adoptar políticas de control interno que permitan a los sujetos reconocer las tipologías de blanqueo más comunes en su sector de actividad, es decir, reconocer los riesgos internos y de sus productos, para así poder prevenir, también internamente, los intentos de transacciones de blanqueo por parte de terceros (arts. 26 a 32 L.O. 10/2010). No hay duda de que estos son deberes negativos que transmiten la obligación de reconocer los riesgos de su actividad y desarrollar barreras internas para que, desde allí, no se generen brechas que puedan ser aprovechadas por los blanqueadores. En concreto, se pueden mencionar como deberes exclusivamente negativos de prevención las obligaciones de

- (i) adoptar políticas y procedimientos de prevención y comunicación dentro de la empresa/sujeto obligado relativas a los incumplimientos de los manuales internos de prevención;

---

<sup>761</sup> Cfr. BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 314.

- (ii) crear órganos de control interno;
- (iii) formar a los empleados para que sean capaces de advertir tipologías y riesgos de blanqueo según el respectivo sector de actividad; o
- (iv) velar por que las sucursales y filiales en terceros países tengan los niveles de conocimiento y prevención equivalentes al de las matrices.

Ahora bien, por otro lado, hay asimismo medidas de prevención del BdeC que no se basan en una visión de la empresa o de su actividad como fuentes de peligro<sup>762</sup>, sino que más bien se erigen sobre una particular relación de colaboración entre los sujetos obligados y el Estado, como es el caso de los deberes de identificar al cliente o al titular real de la persona jurídica. Es verdad estos deberes ayudan a la empresa a reconocer los riesgos de blanqueo y a evitarlos. Sin embargo, estos deberes se sitúan más allá del ámbito de prevención de los riesgos inherentes a la actividad si atendemos tanto (i) al nivel de detalle exigido por el Estado en la recopilación de estos datos, como (ii) a las graves consecuencias que este impone cuando los sujetos obligados no lo hacen adecuadamente.

Y los sujetos obligados se mueven más allá de dicho ámbito de prevención inherente a la propia actividad, sobre todo, en lo que respecta a su obligación de informar sobre las transacciones de sus clientes a la Unidad de Inteligencia Financiera y de mantenerse a su disposición para aportar datos complementarios siempre que esta los precise. Desde esta perspectiva, a mi juicio, dichos deberes establecen una relación entre *sujeto obligado-Estado*, de denuncia y colaboración, de deberes cuasi-funcionariales, que van más allá de la relación *sujeto obligado-cliente* como prevención de los riesgos del negocio o formas de intervención en el blanqueo realizado por el cliente. Para completar esta reflexión, es conveniente recordar que el argumento principal del castigo de los sujetos obligados por omisión o por imprudencia grave radica en el incumplimiento de estos deberes de relación *sujeto obligado-Estado*, y no en la responsabilidad por organizar directamente las operaciones de blanqueo<sup>763</sup>.

---

<sup>762</sup> Cfr. KÖLBEL, «Criminal Compliance – ein Missverständnis des Strafrechts?», *ZStW*, (3 - 125), 2013, p. 502.

<sup>763</sup> Esto se pone de relieve en la explicación por parte de la doctrina acerca de la responsabilidad de los sujetos obligados; cfr., por ejemplo, BÜLTE, «Geldwäsche - Compliance», en ROTSCH (eds.), *Criminal Compliance Handbuch*, 2015, nm. 38; DEGEN, *Gesetzliche Mitwirkungspflichten der Kreditwirtschaft bei der Geldwäsche- und Terrorismusbekämpfung*, 2009, p. 119; PALACIOS CRIADO, «Agentes intervinientes:

Dicho en otros términos, considero que los deberes de diligencia debida con respecto al cliente y los deberes de información descritos en los arts. 3 a 25 de la L.O. 10/2010 conllevan deberes positivos de prevención del delito que tienen como sentido primordial el de colaborar con la labor de investigación de la Unidad de Inteligencia Financiera, y se refieren solo de forma secundaria a la prevención de riesgos característicos de la empresa. En realidad, estos deberes transmiten el mensaje de que *el cliente es el riesgo*, y de que incumbe al sujeto obligado identificarlo e inmediatamente informar al Estado tan pronto como tenga indicios de que se pueda menoscabar la expectativa de este de poder investigar y reconocer a aquellos que intentan hacer circular capital ilícito por la economía. Es justo decir, entonces, que los deberes de identificación e información, para seguir con la metáfora a la que antes recurriamos, son el deber positivo de “llamar a la policía cada vez que alguien sospechoso toque al timbre”.

Aún en relación con los sujetos obligados, es evidente que existe un deber de no facilitar las transacciones de blanqueo. Por ejemplo, un deber de adoptar medidas internas evitar que la empresa (sujeto obligado) sea utilizada para blanquear dinero. Igualmente, es evidente que el BdeC es un delito común, de infracción de deberes negativos, que puede ser realizado por cualquiera que se disponga a organizar los procesos de disimulación del origen ilícito de determinado capital.

Pero no son estos los deberes que aquí interesan, sino más bien el conjunto de normas administrativas metapenales de prevención que superponen deberes negativos y positivos (de alertar al Estado e investigar a los clientes) y mezclan sus efectos con la definición del contenido del injusto del tipo penal. Es por medio de estos deberes, en otras palabras, como el tipo penal de BdeC puede estar castigando a los sujetos obligados de forma indirecta, por la infracción de deberes positivos de naturaleza administrativa que, sin embargo, no integran el núcleo de protección del tipo penal (*i. e.* el deber de no convertir capitales ilícitos en otros de apariencia lícita). En efecto, la tesis central de la presente investigación y la cuestión que se intentará responder en las páginas que siguen es la de cómo pueden estos deberes positivos de naturaleza administrativa fundamentarse normativamente y definirse dentro del contexto *penal* de la incriminación del BdeC.

---

el deber de colaboración. Especial mención de los notarios», *Estudios de derecho judicial*, (73), 2005, p. 47.

Lo que interesa aquí no es tanto diseccionar el conjunto de conductas típicas de blanqueo como subrayar el núcleo del injusto de la colaboración, teniendo presente el objetivo de dilucidar qué es lo que se pretende con las sanciones a los sujetos obligados. Y es que, si lo que el Estado espera de estos es que colaboren en labores de investigación y que ocupen una posición de cuasi-funcionarios, entonces esta expectativa jurídica debe estar clara y bien fundamentada en la norma penal, según razones de Derecho penal, y no simplemente vehicularse a través del castigo indirecto o disfrazarse por vía de la imprudencia o de la comisión por omisión. Si, por lo contrario, lo que pretende el Estado es que los sujetos obligados, como cualquier otro ciudadano, sencillamente no blanqueen capitales, entonces habría que limitar sustancialmente los verbos del tipo que permiten su incriminación (adquirir, poseer, transferir y ocultar), excluir el castigo del blanqueo por imprudencia grave y, en el ámbito administrativo, permitir un análisis del riesgo del cliente mucho más flexible del que ahora se requiere. Pero, principalmente, en esta segunda alternativa habría que rechazar la posibilidad de castigar penalmente el incumplimiento de medidas preventivas de diligencia debida y de información a la Unidad de Inteligencia Financiera.

Ciertamente, esta última posibilidad legislativa es legalmente viable y se adecuaría perfectamente a un enfoque del BdeC dirigido a la macro-criminalidad y a la criminalidad organizada. En pocas palabras, ello significaría enfocar el castigo del BdeC a los casos más complejos de disimulación y restringir el alcance de las conductas dirigidas a aislar al autor del delito precedente (lo que se ha discutido con respecto del tipo de aislamiento<sup>764</sup>). Sin embargo, por muy atractiva que sea esta alternativa desde el principio de *ultima ratio*, hay que anticipar que esta opción iría diametralmente en contra de la tendencia internacional uniforme de interpretar el BdeC como un mecanismo de blindaje frente a todo y cualquier capital ilícito, castigando para ello al mismo nivel desde la fase preparatoria de blanqueo hasta la fase de participación post delictiva de encubrimiento del blanqueo. Y que, además, se plasma en la inclinación a

---

<sup>764</sup> Vid. supra, Parte I, Cap. IV.2: “El tipo de aislamiento”.



ampliar cada vez más la relevancia y el listado de los sujetos obligados en los sistemas de prevención<sup>765</sup>.

En todo caso, y con independencia de cuál sea la respuesta a la anterior dicotomía, entiendo que la expectativa que mantenga el Estado con respecto de los sujetos obligados debe reflejarse expresamente en el tipo penal, en atención al principio de legalidad. Esta expectativa debe estar definida en el tipo penal, además, para evitar que la presión a favor del castigo de los sujetos obligados conlleve una interpretación expansiva o distorsionada del propio tipo (art. 301 CP) y de los elementos de la imputación penal como la imprudencia y la omisión<sup>766</sup>.

Frente a lo anterior, y a la vista del desarrollo internacional del mecanismo de delegación de tareas, que parece consolidarse al frente del sistema de prevención del BdeC, se ha preferido seguir aquí un análisis coherente con la función que desarrollan actualmente los sujetos obligados dentro de dicho sistema, a saber, la de colaboración por vía de los deberes delegados en un rol de cuasi-funcionarios. Por ello, se asumirán el modo por lo cual los sujetos obligados se insertan actualmente en el sistema de prevención con el fin de poner de relieve cómo serían las bases normativas de una incriminación que tuviera en cuenta esta dinámica de colaboración de los cuasi-funcionarios.

Dicho de nuevo, ahora con otras palabras: el deber de información y el de impedir el blanqueo de terceros son los paradigmas del deber de colaboración a los que aquí nos referimos, pues ellos son la medida primaria<sup>767</sup> de prevención

---

<sup>765</sup> La tendencia al aumento de la participación de los sujetos obligados en la prevención del BdeC se ha visto en el comentario sobre las iniciativas de cooperación público-privadas en la prevención de delitos económicos. Se trata, además, de una tendencia declarada sin tapujos en el Plan de Acción de Unión Europea para los próximos años: “*In the context of making better use of financial intelligence, the role of public-private partnerships (PPPs) should be encouraged to the extent possible, as in some cases the nature of information might limit its sharing and such sharing must comply with data protection law. PPPs involve sharing information between law enforcement authorities, FIUs and the private sector. They can take various forms. Some are limited to exchanges of information on typologies and trends by FIUs and law enforcement to obliged entities*” (COMISIÓN EUROPEA. *Communication from the Commission on an Action Plan for a comprehensive Union policy on preventing money laundering and terrorist financing*, p. 13, disponible en: [https://ec.europa.eu/finance/docs/law/200507-anti-money-laundering-terrorism-financing-action-plan\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/finance/docs/law/200507-anti-money-laundering-terrorism-financing-action-plan_en.pdf). Acceso en 29.10.2020). Vid. *supra* Parte II, Cap. III.3.

<sup>766</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal*, 2015, p. 140.

<sup>767</sup> La distinción entre medidas primarias y secundarias de prevención del BdeC es de SILVA SÁNCHEZ («La intervención de notarios en la comisión de delitos patrimoniales y económicos», *Estudios de*

impuesta a los sujetos obligados. Se trata de deberes positivos, que solo de manera subsidiaria se relacionan con los deberes negativos de cuidado o con los deberes de contención de una fuente de peligro. En ese sentido, desde un punto de vista de la teoría de los deberes, el deber de información (y los deberes secundarios que se le anudan) es más que un deber negativo de evitar daños a terceros y contiene, en realidad, un aspecto de deber positivo de colaborar con la Administración Pública en el ejercicio de una tarea de policía.

Además del contexto de la prevención del BdeC, es posible encontrar deberes de colaboración también en otros ámbitos de la Parte Especial del Derecho Penal, como por ejemplo en los delitos de financiación del terrorismo (art. 576.4 CP) o, como señala J. VOGEL, en el terreno de los deberes de prevención y denuncia en los delitos contra el mercado de capitales en Alemania<sup>768</sup>. En estos casos no solo se quiere proteger la seguridad pública o la integridad de los mercados, sino que se pretende también obligar a los ciudadanos a emprender medidas de vigilancia y a colaborar con el Estado por medio de la adopción de un modelo de organización interna determinado (*monitoring*)<sup>769</sup> y de la denuncia de prácticas que se sospechen criminales. También se puede afirmar, sin que sea lugar aquí para extenderse en los detalles, que los particulares colaboran en el proceso penal cuando los resultados de las investigaciones internas de las empresas son utilizados directamente como elemento de prueba (como si hubiesen sido producidos por los funcionarios)<sup>770</sup>.

---

*Derecho Penal. Consejo General del Poder Judicial*, (73), 2006, p. 186), quien la menciona al abordar el caso específico de los notarios.

<sup>768</sup> Cfr. VOGEL, Joachim, «Wertpapierhandelsstrafrecht - Vorschein eines neuen Strafrechtsmodells», en PAWLIK/ZACZYK (eds.), *FS-Jakobs*, 2007, p. 743. Sostiene el autor: „Weiterhin statuiert das WpHG (Wertpapierhandelsgesetz) zahlreiche Informations- und Dokumentationspflichten für private Finanzintermediäre, die zwar verwaltungsrechtlich eingekleidet sind, jedoch vor dem Hintergrund der Überwachungsaufgabe der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht und ihrer Strafanzeigepflicht auf eine weit reichende Inpflichtnahme Privater zur Strafverfolgungsvorsorge hinauslaufen“ (cursivas en el original).

<sup>769</sup> HARDOUIN, *Journal of Financial Crime*, (16 - 3), 2009, p. 202.

<sup>770</sup> Vid. FUHRMANN, «Internal Investigations: was dürfen und müssen die Organe beim Verdacht von Compliance Verstößen tun?», *NGZ*, (23), 2016, p. 883 ss. Dentro del ámbito de los programas de *compliance*, la empresa está autorizada a realizar investigaciones internas para identificar posibles prácticas antijurídicas por parte de sus trabajadores, lo que incluye la posibilidad de interrogar a los empleados y requerir el aporte de informaciones; cfr. DIAZ *et al.*, «Spain», en SPEHL/GRUETZNER (eds.), *Corporate internal investigations*, 2013, p. 333. Lo anterior quedaría dentro de los límites del Derecho laboral (art. 5 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, que incluye dentro de los deberes laborales la obligación de actuar de conformidad con las reglas de buena fe y diligencia), si no fuera por la posibilidad del uso de esa información en la instrucción de procesos penales en contra del empleado o de la empresa.

## 2. De la praxis a lo normativo: más allá del bien jurídico para fundamentar los deberes de colaboración

A decir verdad, la actual redacción del tipo penal (art. 301 CP) no permite discernir con claridad cuáles son las conductas típicas que se corresponden efectivamente con un deber de colaboración antiblanqueo. Pero ello no impide poner de relieve lo más importante, a saber, que el contexto normativo y la praxis del sistema de prevención del BdeC involucran a los particulares en una serie de tareas activas de colaboración<sup>771</sup> cuya infracción puede quedar abarcada por el amplísimo catálogo de conductas que prevé el tipo penal.

Sin embargo, no parece plausible afirmar de forma tajante que la existencia de obligaciones deontológicas pueda fundamentar, por sí misma, la creación de un deber agravado para estos sujetos<sup>772</sup>. Dicho de otro modo: la simple existencia y la correspondiente extensión de las reglas administrativas que subyacen a los deberes de colaboración en el ámbito del BdeC no son en sí mismos datos suficientes para justificar la imposición *indirecta* de deberes penales. Para que esto fuera así, sería necesario cambiar el tipo penal para que hiciera mención expresa a las reglas extrapenales, transformando así el tipo de blanqueo en una norma penal en blanco con referencia expresa a la regulación administrativa. Más allá de esto, otra alternativa al castigo de un deber agravado de los sujetos obligados consistiría en crear un tipo penal especial para estos sujetos y acompañarlo de la necesaria justificación sobre las razones materiales a partir de las cuales puede legitimarse la vocación vinculante de dicho deber de colaboración. Esta opción, a mi juicio, es la que daría un mejor encaje a los deberes delegados sobre los sujetos obligados en el sentido de la determinación de la norma de conducta y de la pena proporcionada. Todo ello en relación de subsidiariedad frente a las organizaciones de blanqueo.

---

Críticos, por esa razón, GRECO/CARACAS, «Internal investigations und Selbstbelastungsfreiheit», *NStZ*, (7), 2015, p. 8 ss.; ENGELHART, *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance*, 2010, p. 175.

<sup>771</sup> Este telón de fondo con respecto de la participación de los particulares en las políticas de prevención del delito está reconocido por muchos autores que se han dedicado al tema. De hecho, se reconoce en Alemania que el contexto normativo de prevención del blanqueo es un “*novum*”, que impone *aktiven Mitwirkungspflichten Privater* (por todos, HELMERS, *ZStW*, (121), v. 3, 2009, p. 509).

<sup>772</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Revista Peruana de Ciencias Penales*, (7/8), 1996, p. 603.

En realidad, hay autores que fundamentan que los ciudadanos tienen un deber de cooperación frente a la colectividad como consecuencia de que el ejercicio de su libertad depende de las prestaciones del Estado<sup>773</sup>. Se trataría, en resumidas cuentas, de deberes de ciudadanía que justificarían la obligación de cooperar con el Estado<sup>774</sup>. Sin embargo, como veremos en las páginas que siguen, el deber de colaboración en el sentido de prevenir delitos –que es el que se analiza en la presente investigación– no debe confundirse con deberes generales de los ciudadanos ni con el argumento de la cooperación como fundamento de deberes de solidaridad.

Por otro lado, además de cualquier referencia a la necesidad práctica de castigar a los sujetos obligados, sería igualmente erróneo sostener la validez de los deberes de colaboración recurriendo exclusivamente a un argumento formal del tipo: “porque así lo decide el legislador” o “porque esas son las reglas internacionales vinculantes”.

Como es sabido, un argumento básico de la doctrina a la hora de fundamentar los deberes penales es el de referencia al bien jurídico. Así, en una aproximación inicial, y dejando de lado la supuesta crisis que afecta a la teoría del bien jurídico<sup>775</sup>, uno podría argumentar que los deberes de colaboración impuestos en el contexto del delito de BdeC se fundamentarían, en principio, en la protección de los intereses de la Administración de la Justicia en un sentido funcional.

Como señala SÁNCHEZ-OSTIZ, la Administración de Justicia en un sentido funcional consiste en la “entidad que encarna los principios jurídicos que la idea de proceso encierra”<sup>776</sup>. Con todo, dicho autor sostiene que el proceso penal en cuanto tal no parece poder considerarse un bien jurídico si no se da entrada,

---

<sup>773</sup> PAWLIK ha defendido paradigmáticamente una posición como esta. Vid. al respecto PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 277; PAWLIK, *JRE*, (22), 2014, p. 155; COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho Penal: concepto y fundamentos de solución*, 2015, p. 300; JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 90. Sin embargo, como sostiene NEUMANN, se corre el riesgo de que dicha fundamentación entre en conflicto con el argumento de la lealtad al Derecho (en VON HIRSCH, *et al.* (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, p. 171).

<sup>774</sup> Cfr. PAWLIK, «Las competencias del ciudadano», en PAWLIK (eds.), *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, 2016.

<sup>775</sup> Vid. WOHLERS, «Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico», en HEFENDEHL (eds.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, 2007, p. 405; más detalladamente, EL MISMO, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts - zur Dogmatik “moderner” Gefährdungsdelikte*, 2000, p. 218.

<sup>776</sup> Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices? contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*, 2004, p. 228.

adicionalmente, a elementos materiales de protección de la libertad y de las garantías del proceso<sup>777</sup>. Además, SÁNCHEZ-OSTIZ añade que tampoco los delitos que se califican como de protección de la Administración de Justicia definen exactamente qué se pretende proteger por medio de la referencia a esta<sup>778</sup>.

Evidentemente, no es este el lugar para llevar a cabo una crítica sobre la teoría del bien jurídico. Sin embargo, no puede dejarse de mencionar que con la referencia al bien jurídico no se dice mucho acerca del fundamento de los deberes de colaboración para prevenir el BdeC<sup>779</sup>. En primer lugar, porque la fundamentación misma del delito de BdeC a partir de la teoría del bien jurídico es débil<sup>780</sup>. Ese escenario de fragilidad se reproduciría, según creo, a la hora de fundamentar el deber de colaboración de los sujetos obligados: referirse a los bienes jurídicos del BdeC (ya sea por medio del argumento de la protección de la Administración de Justicia, ya lo sea aludiendo a la salvaguarda de la integridad de los mercados financieros) para aportar soporte material al deber de colaboración nos ubicaría en el mismo terreno inestable y arbitrario en el que se halla actualmente la fundamentación del delito de blanqueo<sup>781</sup>, a la cual hemos

---

<sup>777</sup> Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices? contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*, 2004, p. 175.

<sup>778</sup> Como sostiene SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Los delitos de encubrimiento*, 2005, p. 134 ss., la referencia al bien jurídico “Administración de Justicia” es inválida por innumerables razones para fundamentar los delitos de encubrimiento, que se aproximan mucho al contenido del deber de colaboración. En primer lugar, es inválida porque permite encarnar intereses políticos a través de órganos no incluidos dentro del concepto de Administración de Justicia, pues el poder ejecutivo puede querer influir sobre la Policía o la Fiscalía del Estado, “con lo que el bien jurídico difícilmente podrá cumplir su función de límite del *ius puniendi*”. En segundo lugar, este bien jurídico fracasa a la hora de cumplir con la función de organización sistemática, pues se mezclan las acciones del poder ejecutivo y del poder judicial. Y, finalmente, la referencia es inválida porque en el caso del delito de encubrimiento, tanto la pena como la extinción de la punibilidad del delito anterior condicionan la valoración del encubrimiento, por lo cual ese autor concluye que es el hecho previo el que restringe el injusto posterior, y no la referencia a los intereses de la Administración.

<sup>779</sup> Cfr. KUHLEN, «Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito», en VON HIRSCH, Andrew *et al.* (eds.), *Límites al Derecho penal*, 2012, p. 233.

<sup>780</sup> SCHMIDT/KRAUSE, « §261», *LK-StGB*, 2010, nm. 4; BERDUGO/FABIAN CAPARRÓZ, «La «emancipación» del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español», en NÚÑEZ PAZ *et al.* (eds.), *Un derecho penal comprometido: libro homenaje al Prof. Gerardo Landrove Díaz*, 2011; BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 309. Crítico con esa posición por la superficial fundamentación que ofrece, RAGUÉS I VALLÈS, «Blanqueo de capitales y negocios standard. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de blanqueo», en SILVA SÁNCHEZ (eds.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, 2002, p. 148 ss.

<sup>781</sup> El delito de BdeC se encuadra entre los supuestos de la criminalización característica del Derecho penal secundario, donde el prolífico debate sobre los intereses del Estado en la investigación del delito precedente o de la criminalidad organizada no ha sido relevante para acreditar la necesidad de creación del tipo penal, y menos aún para delimitar su interpretación, más allá de la referencia al interés de

hecho suficientes referencias<sup>782</sup>. En realidad, la incriminación integral de las conductas de blanqueo refleja más bien el resultado de determinado acuerdo de intereses económicos y políticos que una teleología inherente a la protección de un bien específico<sup>783</sup>.

Además, aunque se reconozca un bien jurídico tal como la Administración de Justicia como base del deber de colaboración o, aún, un derecho colectivo a la seguridad<sup>784</sup> como fundamento de incriminación de un deber de colaboración referido a la prevención del blanqueo, ello no ofrece una explicación más profunda de las razones por las cuales el Estado estaría autorizado a demandarla particularmente a través de la contribución activa de sus ciudadanos<sup>785</sup>. Al respecto, apuntar el bien jurídico “Administración de Justicia” como objeto de protección de las conductas de colaboración referidas al BdeC facilita “obviar el

---

persecución del Estado, o a los intereses de la Administración de Justicia; cfr. ARZT, «§ 261», en ARZT *et al.* (eds.), *Strafrecht. Besonderer Teil*, 2ª ed., 2009, p. 814 ss.; BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 309. Por otra parte, hay interpretaciones sobre el bien jurídico desde distintos puntos de vista: orden económico, interés en la persecución del delito precedente, Administración de Justicia o combate a la criminalidad organizada. En España vid., por todos, BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2015, p. 283 ss. Para un breve resumen de la discusión en Alemania, cfr. ALTENHAIN, «§261», *NK-StGB. Band III*, 2005, nm. 7 ss.

<sup>782</sup> Vid. supra, Parte I, Cap. III.1.2: “¿Qué se persigue con la penalización del BdeC?”.

<sup>783</sup> En efecto, hace décadas que desde la doctrina se pone en tela de juicio esta teoría, incidiéndose particularmente en la circularidad de las tesis que intentan ofrecer apoyo en el bien jurídico para la protección de peligros abstractos y la proliferación de delitos del Derecho penal secundario; cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 137. En la discusión sobre el bien jurídico en los delitos contemporáneos ocurre precisamente lo que GRECO, «Conveniencia y respeto: sobre lo hipotético y lo categórico en la fundamentación del Derecho penal», *Indret*, (4), 2010, p. 18, critica como el recurso al bien jurídico meramente como un argumento de conveniencia, lo que a su juicio no se corresponde ni siquiera con una fundamentación del tipo ni con la comprensión correcta de lo que se debería interpretar como justo (o como el argumento de respeto al individuo, respeto como racionalidad deontológica, haciendo ver los verdaderos fundamentos de la tradición liberal del Derecho penal, más allá de los argumentos de utilidad y necesidad).

<sup>784</sup> ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, 1983, p. 33-4.

<sup>785</sup> PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 132. Cómo destaca ROBLES PLANAS, «Dogmática de los límites al Derecho penal», en ROBLES PLANAS (eds.), *Límites al Derecho penal*, 2012, p. 23, hay una “elevada dosis de circularidad” en el concepto de bien jurídico que hace difícil concretar, dentro de un campo extenso de intereses en conflicto y con pretensión de protección penal, cuáles con los límites legítimos de restricción de la libertad de actuación y, en definitiva, cuál deba ser la sanción por el quebrantamiento de tal restricción. En el mismo sentido, WOHLERS («Die Güterschutzlehre Birnbaums und ihre Bedeutung für die heutige Rechtsgutstheorie», *GA*, [159 - 10], 2002, p. 601) sostiene que, a pesar de los intensivos esfuerzos de la doctrina, la teoría del bien jurídico como crítica al sistema no ha alcanzado la finalidad de ofrecer un baremo externo de comparación sobre la justicia y legitimidad de una incriminación.

verdadero problema”, que no está en la forma de regulación de la conducta, sino en el contenido de este delito<sup>786</sup>.

A lo anterior se suma que con la referencia al bien jurídico no se soluciona satisfactoriamente el problema de la forma de concreción del deber<sup>787</sup>, necesaria para sentar las bases correctas para definir un deber positivo de estas características<sup>788</sup>, pues la legitimación de una norma de comportamiento exige que se justifique por qué esta se dirige a determinada persona y cuál es la medida en que puede restringir su libertad<sup>789</sup>.

Ahora bien, lo anterior no quiere decir que se deba abandonar toda referencia al bien jurídico como fundamento de la responsabilidad penal en el contexto del BdeC<sup>790</sup>. Más bien de lo que se trata es de complementar esa referencia con fundamentos de otro orden normativo referidos a la distribución de libertades y responsabilidades entre Estado y particulares, así como con ponderaciones con respecto al modelo de Estado sobre el cual se desarrolla la teoría del Derecho penal. En este contexto, la norma penal debe ser capaz de determinar lo permitido, lo debido y lo prohibido a los sujetos obligados según una

---

<sup>786</sup> SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices? contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*, 2004, p. 162.

<sup>787</sup> En términos semejantes se estructuró la fundamentación de los delitos contra el medio ambiente. Pues, en su momento, aunque se reconociera la relevancia del bien jurídico “medioambiente” como digno de protección penal, con ello no se resolvía el problema de la estructura de responsabilidad: si estaba basada en la lógica de la acumulación, o bien en la de la protección del propio objeto del delito. Así, WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts - zur Dogmatik “moderner” Gefährdungsdelikte*, 2000, p. 143.

<sup>788</sup> Como sostiene ROBLES PLANAS, en ROBLES PLANAS (eds.), *Límites al Derecho penal*, 2012, p. 23, “el discurso tradicional de los bienes jurídicos obliga a argumentar sobre los grandes territorios que pueden o no ingresar en el campo de operaciones del Derecho penal, pero no está en condiciones de realizar afirmación alguna sobre si, habida cuenta de los diversos intereses en conflicto en cada uno de los territorios, es legítima o no la restricción de la libertad de actuación y si, además, es legítimo el castigo penal del quebrantamiento de tal restricción”.

<sup>789</sup> Cfr. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión*, 2002, p. 55.

<sup>790</sup> SILVA SÁNCHEZ, *FS-Hassemer*, 2010, p. 636, nota 48, sostiene que, independientemente de la fundamentación de los delitos en la teoría del bien jurídico, su relevancia para la determinación de la pena es inquestionable. En esta misma línea, FRISCH, «Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal», en HEFENDEHL (eds.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, 2007, p. 318 ss.; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 138 ss. A mayor abundamiento, RENGIER, *AT*, 7ª ed., 2012, §3, nm. 7, afirma que incluso los defensores contemporáneos de la teoría del bien jurídico admiten que es una teoría necesaria, pero que no tiene condiciones suficientes para legitimar la amenaza de pena.

ponderación previa entre la restricción de libertades y su significado para la autonomía de los demás<sup>791</sup>.

---

<sup>791</sup> Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices? contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*, 2004, p. 243. Este autor sostiene que, cuando la ley penal establece las conductas prohibidas y prescritas, aporta pautas de comportamiento prospectivas al destinatario y un baremo al juzgador para enfrentarse con la imputación del resultado.



## II. LIBERTAD REAL Y AUTONOMÍA EN LA GRADACIÓN DE LOS DEBERES JURÍDICO-PENALES

Dejando de lado la discusión sobre el bien jurídico, una sector de la doctrina asienta la fundamentación de los tipos penales en la ponderación entre deberes y libertades dentro del Estado<sup>792</sup>. En este ámbito, elementos como los principios de autonomía<sup>793</sup>, de solidaridad y de responsabilidad por las consecuencias integran los criterios para la ponderación de las esferas de libertad entre Estado y ciudadanos.

Más concretamente, este sector defiende que el concepto de autonomía lleva acoplada la idea de la libertad de acción y se concreta en el principio de autorresponsabilidad en el Derecho penal<sup>794</sup>. En este contexto se halla la idea

---

<sup>792</sup> Vid. PAWLIK, *JRE*, (22), 2014; ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales*, 2007, p. 100 ss.; COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho Penal: concepto y fundamentos de solución*, 2015, p. 287 ss. Como subraya SEELMANN, «Menschenwürde zwischen Person und Individuum. Von der Repräsentation zur Selbst-Darstellung», en DÖLLING (eds.), *FS-Lampe*, 2003, p. 308, es a partir de la relación entre libertad individual y reconocimiento del sujeto por el Estado como se forman los conceptos base de la dignidad humana y, como consecuencia de ello, los marcos de la intervención del Estado para la protección del status de persona y sus libertades individuales. En esa línea, COCA VILA plantea que la libertad es un concepto inocuo si no existen las condiciones materiales y reales de su realización (*La colisión de deberes en Derecho Penal: concepto y fundamentos de solución*, 2015, p. 245). También en este sentido sostiene RENZIKOWSKI, *GA*, (154), 2007, p. 567, que no es tarea del Derecho optimizar la persecución de intereses individuales, lo que está de alguna forma implícito en la idea de preservación de los bienes jurídicos individuales, pero sí garantizar la libertad de la persecución de los intereses individuales, que no serían posible fuera del contexto social.

<sup>793</sup> Bajo una perspectiva absolutamente liberal, la palabra autonomía significa la posibilidad de uno de autogobernarse, de conducirse según sus propias normas, de elegir su propia forma de vivir, y está relacionada con las ideas de autodeterminación e independencia. Asimismo, puede referirse a (i) la capacidad de autogobernarse, (ii) las condiciones reales de autogobierno y sus ventajas y (iii) la soberanía para gobernarse a uno mismo (así, FEINBERG, «Autonomy, sovereignty and privacy», *Notre Dame L. Rev.*, (58), 1983, p. 446). Por esa razón, la autonomía está fuertemente anclada en la concepción de la libertad dentro de configuración política de los Estados. Así, HONNETH, *Das Recht der Freiheit*, 2011, pp. 35, subraya al pensamiento del liberalismo clásico basado en la autonomía individual como exclusión de intervenciones como el elemento que define la teoría sociológica clásica del siglo XX.

<sup>794</sup> En ese contexto, el concepto de autonomía es el baremo de la distribución de deberes y derechos entre Estado y ciudadanos y punto de referencia de la norma penal; cfr. PERDOMO TORRES, *Die Duldungspflicht im rechtfertigenden Notstand*, 2011, p. 28. Como sostiene este autor, la tarea de la ciencia del Derecho es aprehender correctamente la aparente relación conflictiva entre sociedad (Estado) y persona, y ofrecer para ello una fundamentación jurídico-penal adecuada. En este sentido, vid. RENZIKOWSKI, *Notstand und Notwehr*, 1994, p. 179. Según PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, p. 18, hay que distinguir entre individualismo y autonomía, pues el primero limita sus pretensiones al ámbito de los resultados, del reconocimiento por lo que ya soy, mientras que la idea de la autonomía presupone la libertad de autogobernarse y, además, la incorporación de las influencias que condicionan el ser con su voluntad racional

básica, que reza: “a mayor ejercicio de libertad, mayor responsabilidad, pero a menor ejercicio de libertad, menor responsabilidad”<sup>795</sup>, como acertadamente resume ROBLES PLANAS. De ese modo, la gradación de la responsabilidad penal debe reflejarse en todos los niveles del concepto de delito.

Así las cosas, para asentar los presupuestos teóricos del deber de colaboración empezaremos este análisis desde un plano más abstracto, partiendo de los planteamientos de PAWLIK con respecto del deber de cooperación general de los ciudadanos, para luego ir descendiendo hacia los más concretos, sintetizados en la concepción tripartita de las manifestaciones de autonomía individual presentadas por ROBLES PLANAS, que propone los criterios dogmáticos de autonomía y solidaridad con la finalidad de graduar la responsabilidad penal.

### *1. Deber de cooperación según M. PAWLIK*

Lo primero que llama la atención al lector que se aproxima a la teoría del delito planteada por PAWLIK es el hecho de que este autor construya su edificio teórico sobre un postulado básico, a saber, el del deber de cooperación de los ciudadanos. Sin pretender disminuir la complejidad de sus planteamientos, se puede afirmar sintéticamente que para él los ciudadanos, como miembros del Estado, están obligados a cooperar con al mantenimiento de este, de modo que los deberes jurídico-penales son “deberes de cooperación” (*Mitwirkungspflichten*)<sup>796</sup>. Este autor presenta, asimismo, una interpretación del ciudadano como cuasi-funcionario<sup>797</sup> o como auxiliar de policía (*Hilfspolizist*)<sup>798</sup>, así como la idea de que la responsabilidad penal debe estar en correspondencia con la medida de las competencias del ciudadano. Todos estos son conceptos que, a primera vista, plasman exactamente la situación que se ha venido presentando con respecto a los sujetos obligados a prevenir el BdeC: auxiliares de policía (*Hilfspolizisten*) obligados a colaborar para prevenir el delito (colaboración que se podría aproximar a la idea del *Mitwirkungspflicht*), en la medida de las competencias atribuidas por el Estado. Por esta razón, la incursión en la teoría de ese autor es de fundamental importancia (i) para aclarar cómo

---

<sup>795</sup> ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales*, 2007, p. 102.

<sup>796</sup> Vid. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 90 ss.

<sup>797</sup> Vid. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 179 ss.

<sup>798</sup> Vid. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 226 ss.

pueden estos conceptos explicar la interpretación de los deberes delegados a los sujetos obligados y (ii) para evaluar si es posible trazar una correspondencia entre estos planteamientos y el fundamento del deber de colaboración de estos últimos.

Inspirado por cierta interpretación de la filosofía hegeliana según la cual el sujeto se forma como ciudadano dentro de las estructuras básicas de la familia, de la sociedad y del Estado, PAWLIK sostiene que la idea de Derecho en sí misma presupone su capacidad de garantizar un estado de cosas que permita el desarrollo del individuo y la manifestación de la libertad real y concreta de sus ciudadanos<sup>799</sup>. De ese modo, la libertad real es más que la capacidad de autogobernarse<sup>800</sup>. Ella depende de la existencia de un Estado funcional<sup>801</sup> que establezca las condiciones para las interacciones sociales bajo reglas de reciprocidad que permitan, así, la realización libre del ser de cada sujeto “sin un miedo paralizante” o la amenaza proveniente de organizaciones externas<sup>802</sup>. Se trata, en suma, de una “libertad afianzada institucionalmente”<sup>803</sup>. En ese sentido, toda la construcción de la teoría del delito de PAWLIK parte del presupuesto de que el injusto penal representa un menoscabo de la libertad del afectado y no, en cambio, la afectación de un bien jurídico de la víctima<sup>804</sup>.

En efecto, según PAWLIK, en este contexto de garantía de la libertad real<sup>805</sup> el ciudadano desempeña un papel de *cooperador del Estado* para mantener las condiciones de convivencia social y permitir el desarrollo de las potencialidades –las suyas y las de los demás<sup>806</sup>—. Y el ciudadano desempeña este papel en dos

---

<sup>799</sup> Cfr. PAWLIK, *La libertad institucionalizada*, 2010, p. 30.

<sup>800</sup> COCA VILA, *La colisión de deberes*, 2015, p. 238.

<sup>801</sup> Cfr. PAWLIK, *Normbestätigung und Identitätsbalance*, 2017, p. 38. Por su parte, KUNBACH, *Solidaritätspflichten Unbeteiligter*, 2007, p. 73, subraya que la interpretación que acoge PAWLIK para, a partir de la filosofía de HEGEL, fundamentar los derechos y deberes en el contexto de estado de necesidad se desvía sustancialmente de la tradicional recepción de la obra hegeliana en los estudios filosóficos.

<sup>802</sup> Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht*, 2012, p. 101.

<sup>803</sup> Cfr. PAWLIK, *La libertad institucionalizada*, 2010, p. 25 ss. En esos términos, la capacidad y voluntad de autogobernarse carecen de contenido y permanecen exclusivamente como aspiración si no encuentran condiciones de autorrealización en el mundo real.

<sup>804</sup> Cfr. PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, p. 48.

<sup>805</sup> Así las cosas, se presentan dos conceptos distintos de libertad como referencia para la intervención del Derecho penal, coherentes con expectativas sociales distintas al respecto del Estado: la libertad negativa y la libertad real; vid. al respecto PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 140; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 105. Cfr. también WILENMANN, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, 2017, p. 69 ss. En los mismos términos se manifiesta SILVA SÁNCHEZ (*Malum passionis: mitigar el dolor del Derecho penal*, 2018, pp. 24-25).

<sup>806</sup> Según PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 105, la realización de la personalidad de los ciudadanos depende de una cierta estabilidad de las cosas, a la que denomina “dominio de la normalidad”. Esta normalidad es establecida por el orden jurídico y es lo que permite establecer los presupuestos de la

frentes. Por un lado, cumpliendo el deber común de ciudadano de respetar las normas jurídicas, es decir, con un deber de fidelidad a la norma. Por otro lado, representando directamente al Estado en caso de que exista una prestación jurídicamente garantizada que no pueda ser inmediatamente atendida cuando lo necesite otro conciudadano<sup>807</sup>.

La primera prestación del ciudadano (deber de fidelidad a la norma<sup>808</sup>) se corresponde con el deber de cooperación como no intervención, o lo que es lo mismo, con el concepto tradicional de libertad negativa<sup>809</sup> y de no intervención en la esfera ajena<sup>810</sup>.

La segunda prestación del ciudadano, como se ha dicho, consiste en el deber de *cooperación cuasi-funcionarial*, entendido este como el deber de representar al Estado en circunstancias que tradicionalmente se han entendido como prestaciones solidarias, con el fin de mantener las condiciones de la libertad real<sup>811</sup>. Así pues, lo novedoso de este planteamiento es que PAWLIK limita las prestaciones positivas de los ciudadanos a los supuestos en los cuales sea posible

---

realización individual, de la “felicidad humana”. Pero la realización de esta normalidad, según PAWLIK, no depende solamente de la existencia de un conjunto seguro de normas, sino que exige también la internalización de las normas por los sujetos, que deben entenderse como participantes del Derecho.

<sup>807</sup> Piénsese aquí, sobre todo, en los deberes de socorro o de tolerancia en los supuestos de estado de necesidad agresivo como ilustración de los casos en los cuales es necesario actuar inmediatamente para socorrer a quien está en peligro, sustituyendo la prestación del Estado (bomberos, policía, servicios de emergencia) cuando este no pueda hacerse cargo de la prestación salvadora; cfr. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 105.

<sup>808</sup> PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 116, sostiene que el injusto penal del autor se basa en la extensión de su intromisión en el ámbito de la libertad real jurídicamente asegurada de la víctima, o en su grado de deslealtad (*Illoyalität*) con el proyecto de mantenimiento de un orden libre.

<sup>809</sup> La libertad negativa consiste en la abstención de inmiscuirse en esferas de libertad ajenas (GUTMANN, «Würde und Autonomie. Überlegungen zur kantischen Tradition», *Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik*, (2), 2010, p. 8). De hecho, es sabido que la moderna fundamentación del Derecho penal en la garantía de las libertades individuales proviene, en gran medida, de la filosofía kantiana con respecto de las libertades negativas (así, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 84; PAWLIK, «Die Notwehr nach Kant und Hegel», *ZStW*, (114 - 2), 2002, p. 266).

<sup>810</sup> Cfr. PAWLIK, *Ciudadanía y derecho penal*, 2016, p. 133. De hecho, el capítulo del libro citado lleva por título “La lesión del deber ciudadano de cooperación”. Entre los muchos fragmentos de la obra de este autor que se podrían seleccionar para transmitir esta idea, es especialmente claro el siguiente, en donde sintetiza el concepto de responsabilidad penal a partir del deber de cooperación en los siguientes términos: “Una teoría funcional de la imputación jurídico-penal a la libertad debe, por tanto, complementar el mandato a los ciudadanos de ‘¡omitid las acciones contrarias a la competencia!’ con una expectativa de segundo orden ‘¡preocupaos, en el marco de lo exigible, de poder cumplir aquel mandato de forma suficientemente fiable!’. Solamente cuando se produce el establecimiento social de esta expectativa complementaria se da el paso definitivo de un mero ordenamiento jurídico sobre el papel a un estado de libertades real” (También en este sentido, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 89).

<sup>811</sup> PAWLIK, *JRE*, (22), 2014, p. 139.

conceptualizarlas como acciones que sustituyen al Estado en situaciones puntuales.

Repárese en que, de entrada, son muy limitadas las circunstancias en la cuales un sujeto está obligado a ayudar bajo amenaza de pena. Tales situaciones están reguladas de modo directo en cuanto al deber de socorro<sup>812</sup> y al deber de impedir determinados delitos<sup>813</sup>, y concretan un *deber positivo general de solidaridad activa*. Además de ello, y ahora de forma indirecta, el deber de prestar ayuda es exigible penalmente en casos residuales por medio de un *deber general de solidaridad pasiva* frente a agresiones justificadas, lo que se plasma en el deber de tolerancia o de amparo al necesitado frente a situaciones de estado de necesidad agresivo<sup>814</sup>.

En los casos que se acaban de referir, según PAWLIK, la solución de los conflictos de bienes característicos de la situación de necesidad en las sociedades modernas debe ser confiada primariamente a los órganos públicos o a las equivalentes estructuras organizadas del Estado, es decir, a las instituciones<sup>815</sup>. Consecuentemente, los ciudadanos solo están obligados a actuar dentro de los límites de lo que dichas instituciones públicas garantizan a toda la sociedad y como representantes de estas, como cuasi-funcionarios<sup>816</sup>, frente a situaciones de necesidad<sup>817</sup>. De ese modo, los deberes de salvación en estas situaciones deberían

---

<sup>812</sup> La larga trayectoria filosófica de la que se derivan los deberes de solidaridad concretados en el §34 (estado de necesidad agresivo) y el § 323c StGB (omisión de socorro) y que recoge PAWLIK es explicada por RENZIKOWSKI, «Solidarität in Notsituationen - ein historischer überblick von Thomas v. Aquin bis Hegel», en NEUMANN *et al.* (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, p. 28 ss. En España, el deber de socorro está previsto en el art. 195 CP. VARONA GÓMEZ, *Derecho penal y solidaridad*, 2005, p. 155; ALCACER GUIRAO, «Límites al deber de socorro», *RGDP*, (26), 2016, p. 18; SILVA SÁNCHEZ, «Aspectos de la comisión por omisión: Fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario», *Cuadernos de Política Criminal*, 1989, p. 100; MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, p. 315. En contra de que el deber de socorro sea manifestación del deber de solidaridad: GÓMEZ TOMILLO, *El deber de socorro (art. 195.1 del Código Penal)*, 2003, p. 45.

<sup>813</sup> Art. 450 CP; vid. al respecto SOLA RECHE, *La omisión del deber de intervenir para impedir determinados delitos del art. 450 CP*, 1999, p. 43;

<sup>814</sup> VARONA GÓMEZ, *Derecho penal y solidaridad*, 2005, p. 158; SILVA SÁNCHEZ, «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia», *Revista Discusiones*, (7), 2007, p. 25.

<sup>815</sup> Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 92; PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 57 s.; PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal*, 2016, p. 102

<sup>816</sup> En la síntesis de COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho Penal: concepto y fundamentos de solución*, 2015, p. 249, “el particular es llamado a actuar como cuasi-funcionario allí donde el Estado no es capaz de cumplir sus legítimas funciones”.

<sup>817</sup> Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 92, 250. Otros autores consideran que el Estado es el escenario de decisión para la distribución de deberes de prestación solidaria: ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, 1983, p. 56; KLESZEWski, *Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft*, 1991, p. 357; CONINX, «Zufall und Verteilungsgerechtigkeit - Grundlagen für eine

plantearse, ante todo, desde un punto de vista “supra-individual”<sup>818</sup>, como deberes ciudadanos (*staatsbürgerliche Pflichten*)<sup>819</sup>, y no vinculados a la idea de protección de bienes jurídicos o de ponderación de intereses en el caso concreto<sup>820</sup>.

Entonces, frente a un accidente o ante una situación de peligro para la vida, se debe acudir en primer lugar a los servicios públicos de salud; frente a una situación económica límite, uno debe acudir a los servicios sociales y no al hurto: situaciones en las cuales tradicionalmente se alega el estado de necesidad agresivo como causa de justificación. Sucede, sin embargo, que hay ocasiones en las que al Estado no le es posible actuar eficientemente para socorrer la situación de necesidad, a pesar de haber desarrollado los canales oficiales para ello. Solamente en estas hipótesis el ciudadano estaría obligado a empeñar sus esfuerzos en la tarea de salvación. Pero no como un “buen samaritano”<sup>821</sup>, sino como un *longa manus*, en el rol de representante del Estado<sup>822</sup>, que cumple con

---

kontraktualistische Begründung von rechtlichen Solidaritätspflichten in Notstandsituationen», en VON HIRSCH *et al.* (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, p. 186; FRISCH, «Complicidad mediante acciones neutrales - reflexiones sobre el fundamento penal (de la configuración del injusto) de la complicidad», en FRISCH (eds.), *Estudios sobre imputación objetiva*, 2012, p. 110; RENZIOWSKI, *Notstand und Notwehr*, 1994, p. 188; KUNBACH, *Solidaritätspflichten Unbeteiligter*, 2007, p. 82; IWANGOFF, *Die Duldungspflichten im Rechtfertigenden Notstand*, 2009, p. 151; KÜHL, *AT*, 7ª ed., 2017, § 8, nm. 172.

<sup>818</sup> Vid. PAWLIK, *JRE* (22), 2014, p. 155; PAWLIK, *ZStW*, (114 - 2), 2002, p. 261.

<sup>819</sup> Así se refiere también CONINX, en VON HIRSCH *et al.* (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013, p. 178.

<sup>820</sup> Así, los deberes de ayuda en situaciones de necesidad no se corresponderían con los deberes éticos de solidaridad ni tampoco podrían ser exigidos de forma excepcional con respecto a lo decidido previamente en el contrato social (cfr. PAWLIK, *ZStW*, (114 - 2), 2002, p. 263; PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 112). En el mismo sentido, JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 49, ha sostenido recientemente que el ciudadano está obligado a tolerar las acciones salvadoras no como ciudadano político, sino como ciudadano económico, de tal manera que solo está obligado a soportar aquello que le pueda ser recompensado financieramente. De ese modo, el estado de necesidad agresivo no está fundado en un miedo del sujeto por su bienestar, sino en un derecho social de bienestar de la sociedad. No se trata de un valor subjetivo, sino objetivo, que debe estar fundamentado en un razonamiento racional, general. En concreto: quien tiene hambre tiene que presentarse al servicio público adecuado.

<sup>821</sup> Como señala FEINBERG, *Freedom and fulfillment*, 1992, p. 179, hay muchas variables para interpretar la conducta del “buen samaritano”, que muchas veces se solapan entre sí, y que describen la conducta del samaritano como algo más allá de lo exigible en las intervenciones del *minimally decent samaritan*.

<sup>822</sup> En palabras de PAWLIK, *JRE*, (22), 2014, p. 155, como “representante de la colectividad” (*Repräsentantin der Allgemeinheit*). En sentido similar, cfr. COCA VILA, *La colisión de deberes*, 2015, p. 249, utilizando como ejemplo la obligación de servir en las elecciones. Ulteriores referencias en SILVA SÁNCHEZ, «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia», *LH-Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005. Por esa razón, ENGLÄNDER, «Die Rechtfertigung des rechtfertigenden Aggressivnotstands», *GA*, 2017, p. 245, sostiene que la tesis de PAWLIK se basa en el “argumento de la representación”.

un deber *cuasi-institucional*<sup>823</sup>. Por esa razón, en suma, todas las prestaciones de “solidaridad” serían deberes cuasi-institucionales.

## 2. *Deberes de cooperación y de colaboración según el modelo del Estado regulador*

Una vez presentadas las líneas generales del planteamiento de PAWLIK sobre de los deberes de cooperación, hay que subrayar que se comparten aquí sus premisas generales, a saber, la garantía de la libertad real y el fomento de la autonomía individual como elementos normativos que fundamentan los deberes penales. Ahora bien, si por un lado se comparten estas premisas, por otro lado es importante dejar claro que las referencias que en la presente investigación se realizan al *deber de colaboración* de los sujetos obligados *no deben confundirse ni identificarse* con el concepto de *deber de cooperación* que se ha venido examinando a lo largo de este apartado.

En primer lugar, los deberes de cooperación pertenecen a ámbitos de deberes generales, dirigidos a todos los ciudadanos ante situaciones excepcionales, mientras que los *deberes de colaboración consisten en deberes especiales* de los sujetos obligados. Estos últimos resultan de la delegación *previa y permanente* de tareas para actuar en ámbitos delimitados. Y para realizar siempre las mismas labores predeterminadas que alcancen resultados basados en el interés directo de la Administración del Estado, y no en la preservación de intereses de algún particular. En este sentido, a mi juicio, la idea de *permanencia* de los sujetos obligados en el rol de cuasi-funcionario es un punto esencial para distinguir los deberes de colaboración de los sujetos obligados frente al deber de cooperación general al que antes se aludía. Pues a los sujetos obligados se les encarga actuar de forma continuada en la función de apoyo a la Administración de Justicia: por ejemplo, cumpliendo permanentemente con deberes de información y monitoreo de los clientes. En otras palabras, existe una relación de simbiosis entre la labor de los sujetos obligados y la de los funcionarios (trátase de funcionarios de la UIF o pertenecientes a otros órganos de la Administración de Justicia). Y es que esta simbiosis también se prolonga en el tiempo<sup>824</sup>, no solamente limitándose a

---

<sup>823</sup> Cfr. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 112; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 186.

<sup>824</sup> En efecto, las políticas de prevención del BdeC reflejan a la perfección un proceso de cooperación y coordinación compartida de las estrategias de prevención, que trasciende la dinámica tradicional

ser una de delegación puntual y realizada bajo situaciones excepcionales en las que al Estado le resulta imposible intervenir en favor de un conciudadano, como propone PAWLIK para los deberes de ciudadanía.

Además, en el deber de cooperación (deber de ciudadanía) el ciudadano *sustituye íntegramente al funcionario*, mientras que en los deberes de colaboración el particular *no* sustituye al Estado, sino que se observa una actuación conjunta en virtud de una cadena de delegación característica del Estado regulador. En esta cadena el Estado delega una parte de sus funciones a los particulares, pero no se retira del todo, manteniéndose en el rol de coordinación y supervisión de estas tareas. Gráficamente, se podría decir que en el cumplimiento de los deberes de cooperación el ciudadano se presenta frente a los demás como el mismo Estado en la acción salvadora, mientras que en el cumplimiento del deber de colaboración el particular no abandona totalmente su rol privado, y se presenta como un colaborador de los funcionarios, ejecutando una tarea específica y de forma continuada.

En segundo lugar, los deberes de cooperación a los que se refiere PAWLIK se mueven en el plano de los deberes mínimos, tradicionalmente identificados con los deberes de solidaridad mínima, en los cuales el sujeto salvador no tiene ninguna relación con el origen del peligro. En cambio, los deberes de colaboración de los sujetos obligados se sitúan un peldaño más arriba, en el plano de los deberes de solidaridad intensificada, a semejanza de las omisiones puras de garante, como se verá<sup>825</sup>. Esto se justifica, a mi juicio, porque los sujetos obligados no son absolutamente ajenos al peligro —a diferencia de lo que ocurre en los deberes de solidaridad mínima—, pues se hallan en una posición de mayor cercanía con el riesgo de los blanqueadores. Más adelante<sup>826</sup> veremos que lo que justifica que sean determinados sectores —y no otros— los elegidos para

---

caracterizada por la imposición vertical de prohibiciones y deberes por parte del Estado. En realidad, en materia de diseño e implementación de programas de prevención y combate al blanqueo, el Estado nunca ha tenido un control absoluto de la situación, lo que se ha convenido en llamar “*Hybrid regulations*”; cfr. FAVAREL-GARRIGUES *et al.*, “Sentinels in the banking industry”, p. 2. Según estos autores, la lucha contra el BdeC empezó “*ex nihilo: there never was a time when public authorities were in charge of the issue*”. Además, el BdeC es un ámbito en el cual la autorregulación sectorial y el *soft law* producen la mezcla de un elemento público en el campo de la regulación privada, de modo que la colaboración entre Estado y particulares se extiende hasta el reconocimiento formal de las normas producidas en la cooperación con los colegios profesionales. Sobre los efectos de ello en cuanto a la validez de las normas de comportamiento, vid. FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 1997, p. 123.

<sup>825</sup> Vid. *infra* Part. III, Cap. III.2. “Deberes de colaboración como omisión pura de garante”.

<sup>826</sup> Vid. *infra* Part. III, Cap. III: “Límites: la cercanía con el riesgo”.



desempeñar el rol de sujetos obligados es, por un lado, que son los integrantes de estos sectores quienes gestionan las estructuras que pueden ser desviadas por los blanqueadores para la ejecución del delito y, por otro, que dichos sujetos están en condiciones de actuar más efectivamente que el propio Estado en la obtención de informaciones<sup>827</sup>.

Este análisis quedaría incompleto si no se tuviera en cuenta lo que sucede con la idea de cooperación referida al deber ciudadano de representar el Estado cuando un conflicto de intereses ya ha sido resuelto institucionalmente. En este ámbito, uno podría cuestionarse lo siguiente: ¿siempre que el Estado provea canales institucionalizados que garanticen la prestación de derechos positivos, pero que, por razones de inmediatez, necesidad, o incluso conveniencia, no sea posible activarlos, estarían entonces todos los ciudadanos vinculados a actuar como cuasi-funcionarios representantes del Estado?

Está claro que la respuesta debe ser afirmativa cuando estén en peligro derechos fundamentales, positivados, y que formen parte de la función básica del Estado de garantizar las condiciones de existencia y autonomía real de los ciudadanos: vida<sup>828</sup>, integridad física, libertad y patrimonio —este último, dentro de ciertos límites<sup>829</sup>—. Estos son derechos que integran las condiciones básicas de la propia existencia del ciudadano. Sin embargo, fuera del ámbito de lo que tradicionalmente se conocen como deberes de solidaridad mínima, el espacio de la delegación de deberes sobre los ciudadanos por parte del Estado estaría abierto a debate<sup>830</sup>.

Pues bien, debe decirse que, más allá de incidir en el deber de representar el Estado en defensa de los bienes que configuran la naturaleza y a la dignidad de

---

<sup>827</sup> En consonancia con los fines de la delegación de tareas en el Estado regulador, se han venido defendiendo que los programas de *compliance* consisten en “servir al interés público allí donde el Estado no alcanza” (GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, 2017, p. 212).

<sup>828</sup> Vid. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 96. El autor comenta la restrictiva interpretación de HEGEL, por ejemplo, respecto del derecho de necesidad. La infracción del Derecho en situación de necesidad o peligro para la propia vida, según el filósofo alemán, es el absoluto límite de las posibilidades de agresión justificada. En dichas circunstancias, la vida es prácticamente un equivalente de la existencia del Derecho, una precondition de la juridicidad (no puede haber Derecho sin vida), de modo que la garantía de la existencia del sujeto sería la única condición excepcional para justificar agresiones a los bienes de los demás.

<sup>829</sup> Cfr. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 147; KUNBACH, *Solidaritätspflichten Unbeteiligter*, 2007, p. 78, KÖHLER, *AT*, 1997, p. 283.

<sup>830</sup> Como subraya PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 160, en la concreción de los derechos merecedores de salvación siempre estaremos delante de una “cuestión cultural” y, por tanto, cambiante.

las personas<sup>831</sup>, PAWLIK no responde a la cuestión sobre cuáles serían los límites dentro de los cuales el Estado estaría autorizado a exigir de los ciudadanos que actúen como sus representantes, adoptando el rol de cuasi-funcionarios. Ciertamente, de los planteamientos del autor alemán se extrae la noción general de que las instituciones definen los límites de los derechos garantizados a los ciudadanos, y también de los deberes positivos, de modo que no pueden exigirse jurídico-penalmente comportamientos éticos supererogatorios que pretendan ir más allá de lo previamente asegurado por las instituciones. No obstante, PAWLIK no aclara si considera legítimo que el Estado genere deberes de cooperación en relación con todos los ámbitos de aseguramiento de la libertad real, como podrían ser el de la defensa de la economía o el de la recaudación de tributos, además de los ya mencionados de la protección de la vida e integridad física. Este autor tampoco ofrece pautas para decidir si siempre que un particular actúa en lugar del Estado está también cumpliendo un deber de cooperación de ciudadano.

Bien mirado, más allá de los supuestos de defensa de los bienes esenciales que configuran a la persona, el tratamiento de PAWLIK de los deberes institucionales de representación del Estado se limita a la mención de los deberes de garante de impedir delitos que incumbirían a los funcionarios policiales<sup>832</sup>. En este punto, y adelantando una discusión que se abordará más a fondo en el apartado correspondiente, PAWLIK sostiene que solamente los funcionarios públicos y, en particular, los funcionarios policiales<sup>833</sup>, están obligados y autorizados a representar al Estado frente a las amenazas a la seguridad. Esto, empero, no nos sirve para solucionar el problema de los límites de la delegación penal a los particulares, pues los funcionarios policiales también representan oficialmente al Estado; son, de hecho, el Estado mismo.

En este contexto, en lo que se refiere a los deberes de los sujetos obligados a prevenir el BdeC, aunque la recopilación de informaciones y el establecimiento de redes de denuncia constituyan mecanismos institucionalizados por el Estado para la garantía de la seguridad y de la libertad concreta, la representación del Estado en este ámbito no queda restringida a la actuación directa de los funcionarios públicos, como es el caso de los funcionarios policiales. A ello se

---

<sup>831</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal*, 2015, p. 23 ss.

<sup>832</sup> Cfr. PAWLIK, «El funcionario policial como garante de impedir delitos», *InDret*, (1), 2008, p. 16 ss.

<sup>833</sup> Vid. *infra* Part. III, Cap. II.4. “Responsabilidad de los funcionarios, cuasi-funcionarios y el título de imputación”.

suma que el deber de colaboración del sujeto obligado es algo más intenso que la garantía de las condiciones de libertad real, pues se trata de una prestación que está desconectada de la realización de los derechos esenciales de un sujeto como persona.

Si se entendiera que los sujetos obligados actúan en el cumplimiento de un deber de cooperación tal y como plantea PAWLIK, habría que concluir que los derechos económicos gozan del mismo nivel de importancia que la vida y la integridad física como elementos que constituyen la libertad real. Sin embargo, afirmarlo sería asumir una petición de principios de que los intereses colectivos en la Administración de Justicia o en los intereses económicos merecen el mismo grado de protección penal que intereses individuales como la vida y la integridad física.

Es cierto que, por lo menos en el contexto europeo, los ciudadanos no parecen estar dispuestos a abdicar de un sistema mínimo de bienestar, y ello conlleva que todos puedan disfrutar equitativamente de las interacciones económicas y de un ambiente económico lo más “limpio” posible de las interferencias y distorsiones provocadas por los efectos de la criminalidad. La libertad real, en ese sentido, se podría manifestar concretamente en que la Administración de Justicia sea capaz de realizar su tarea de restablecer la validez de la norma frente al delito que la cuestiona. O, entonces, podría considerarse que esa libertad real requiere que el sistema económico y político sean preservados de los efectos de la inserción de dinero ilegal en la economía<sup>834</sup>.

Sin embargo, la defensa por los particulares de bienes colectivos como la integridad del sistema financiero o la representación de la Administración Pública no parece estar al mismo nivel, en relación con la garantía de la libertad real, que la defensa de los bienes que configuran la existencia misma del individuo. Y por ello, no parece adecuado permitir o exigir, sin más, una actuación cuasi-funcionarial en términos generales para la protección de dichos intereses. A esto se suma que, según sostiene JAKOBS, la defensa por los particulares de intereses protegidos en normas de peligro resultaría en una

---

<sup>834</sup> Cfr. SCIURBA, *Anti-Money Laundering State Mechanisms*, 2018, p. 89; BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 197 ss.

“confusión de competencias<sup>835</sup>” entre aquellos y el Estado. Y es que, en efecto, habría un solapamiento equivocado de tareas, pues para la defensa y protección de los intereses del Estado ya existen procedimientos democráticamente establecidos<sup>836</sup>. En ese sentido, la defensa de bienes colectivos no parece que pueda ser otorgada a los particulares sin que antes medie un mandato específico. A este respecto, conviene recalcarlo, los planteamientos de PAWLIK no arrojan suficiente luz sobre la cuestión aquí abordada.

### *3. La afectación de la autonomía real como elemento de gradación del deber de colaboración*

Junto con la garantía de libertad real como fundamento de los deberes penales se halla también el argumento de la garantía de la autonomía de los ciudadanos<sup>837</sup>, que será explorado en el presente apartado como el segundo elemento sobre el cual se puede fundamentar el deber de colaboración de los sujetos obligados.

Asumiendo también una comprensión del principio de libertad real como fundamento del Derecho penal, ROBLES PLANAS toma como punto de partida las tres causas de justificación paradigmáticas (legítima defensa, estado de necesidad defensivo y estado de necesidad agresivo) para construir una gradación de deberes penales dependiente del nivel de intensidad o del ejercicio de la autonomía individual con que se cuente en distintos contextos<sup>838</sup>.

---

<sup>835</sup> El autor desarrolla este argumento cuando comenta la posibilidad de que los particulares actúen en defensa necesaria del Estado. Cfr. JAKOBS, *PG*, 1997, §13, nm. 9; en el mismo sentido, NEUMANN, «§34», *NK-StGB*, 2013, nm. 114.

<sup>836</sup> Según BALDÓ LAVILLA (*Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 101), la preservación de los intereses del Estado por los particulares se funda en principios operativos “ajenos a las ideas regulativas de separación entre esferas organizativas autónomas y de solidaridad intersubjetiva”.

<sup>837</sup> Vid. RENZIKOWSKI, *Notstand und Notwehr*, 1994, p. 181. Según este autor, el principio de autonomía representa una forma de limitar entre sí las esferas de libertad y de responsabilidad.

<sup>838</sup> En este sentido, ROBLES PLANAS, *Límites al Derecho penal*, 2012, p. 22, sostiene que las categorías dogmáticas cuentan con la capacidad de rendimiento suficiente para establecer fundamentos y límites al Derecho penal, trascendiendo las consideraciones propias de la política criminal, a partir de la construcción de criterios sistemáticos y concretos útiles para reforzar la debilitada teoría del bien jurídico imperante. Con ello, la dogmática aportaría también, potencialmente, herramientas concretas para permitir la generalización de las propuestas científicas de cara a la labor legislativa. Esta visión también es compartida por SILVA SÁNCHEZ, «Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites», en SILVA SÁNCHEZ (eds.), *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, 1997, p. 27, quien defiende la necesidad de elaborar criterios más estables que se puedan añadir a los razonamientos de política criminal.

Explicado de forma sintética, el paradigma de la autonomía se desenvuelve en niveles distintos, cuya identificación permitirá justificar la prohibición de conductas indeseadas y su consecuente sanción. En el planteamiento de este autor, la autonomía debe entenderse según una escala de tres grados distintos: autonomía como *garantía de exclusión*, autonomía como *utilidad* y autonomía *real*<sup>839</sup>. La primera variante (autonomía como *garantía de exclusión*), consiste en la no intromisión de terceros en la esfera individual de libertades<sup>840</sup>.

En primer lugar, la autonomía como garantía de exclusión refleja la expectativa de que nadie ataque directamente mi esfera individual de libertad. Bajo esta lógica, los delitos de lesión constituyen el núcleo esencial de las conductas que justifican la potestad del Estado para crear nuevos delitos, pues tales ilícitos manifiestan la negación de la libertad de los demás. En consecuencia, no sería preciso imponer límites significativos al Estado cuando desarrolle su tarea de sanción de las conductas que infringen el principio del *neminem laedere*, especialmente si se trata de delitos de lesión<sup>841</sup>.

En un segundo nivel, equivalente al estado de necesidad defensivo como espacio paradigmático de la distribución de libertades, la autonomía se manifiesta como *utilidad* y se refiere a la protección de bienes de interés colectivo que establezcan las condiciones colectivas mínimas de disfrute de la libertad abstracta. Bajo este concepto (*autonomía como utilidad*), lo relevante será que los peligros que surgen en la esfera de organización del sujeto “causante” puedan ser contrarrestados por medio de la creación de tipos penales de interés colectivo o de anticipación del peligro, es decir, tipos penales encaminados a proteger bienes

---

<sup>839</sup> Cfr. ROBLES PLANAS, *Límites al Derecho penal*, 2012, p. 26.

<sup>840</sup> Se trata, en suma, del concepto negativo de libertad, equivalente a la libertad abstracta características de los principios liberales. En el plan dogmático, esta se concreta en la autorización jurídico-penal para reaccionar en legítima defensa ante agresiones antijurídicas o en la incriminación de las lesiones contra los bienes individuales; cfr. ROBLES PLANAS, *Límites al Derecho penal*, 2012, p. 27.

<sup>841</sup> Cfr. ROBLES PLANAS, «Deberes negativos y positivos en derecho penal», *InDret*, (4), 2013, p. 5. Así las cosas, la expresión máxima de libertad y de autonomía permite la creación de tipos penales que castigan la infracción de deberes negativos y la imposición de penas de mayor rango, así como también el tratamiento penal idéntico de los intervinientes activos y los sujetos que actúan en comisión por omisión, puesto que en estos dos últimos casos se identifica un mismo nivel de infracción o abuso de la libertad de organización y la comisión por omisión (omisiones de deberes de garante equivalentes a la acción; en estos términos, la autonomía como garantía de exclusión significa, sencillamente, una materialización de los términos de la responsabilidad por organización, del deber de omitir la realización de conductas lesivas e, igualmente, del deber de protección y vigilancia de los garantes, característico de los supuestos de comisión por omisión). Al respecto, vid. también JAKOBS, *Acción y omisión en Derecho penal*, 2000; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 74.

jurídicos colectivos y/o de tipos de peligro abstracto. Pero aún como consecuencia de la consideración del principio de libertad de organización y responsabilidad por las consecuencias<sup>842</sup>. Correlativamente, es posible vincular sistemáticamente los conceptos de autonomía como utilidad, los deberes de grado intermedio y la imposición de deberes especiales, siempre y cuando la libertad prohibida “sea claramente de mayor peso que la libertad ganada (en términos de posibilidades de uso del derecho en cuestión)”<sup>843</sup>.

Finalmente, en la tripartición que propone el autor la *autonomía real* equivale al ámbito de la imposición de deberes positivos a los ciudadanos de llevar a cabo comportamientos solidarios absolutamente desvinculados de su manifestación previa de libertad. Por ello, la autonomía real se ubica dogmáticamente en la órbita de los supuestos del estado de necesidad agresivo, de los deberes de solidaridad mínima<sup>844</sup>, de acuerdo con los cuales la afectación de los derechos que deben ser sacrificados para salvar al necesitado se justifica, exclusivamente, como consecuencia del reconocimiento de un deber positivo general institucionalizado de solidaridad<sup>845</sup>. La autonomía real exige, asimismo, un contexto institucional, pues son las instituciones públicas las que permiten que se establezcan las condiciones para la seguridad y bienestar colectivos<sup>846</sup>. Esta dimensión pretende ser asegurada por los deberes institucionales, deberes

---

<sup>842</sup> Cfr. ROBLES PLANAS, *Límites al Derecho penal*, 2012, p. 31.

<sup>843</sup> Cfr. ROBLES PLANAS, *Límites al Derecho penal*, 2012, p. 32.

<sup>844</sup> Se trata, en realidad, de una tercera categoría de responsabilidad, que va de la mano de la estructura de la teoría del delito para definir el grado de responsabilidad que corresponde a cada sujeto frente a la vulneración de un deber de actuar positivo (por ejemplo, en los derechos de necesidad, en el estado de necesidad defensivo y en los correspondientes deberes de tolerancia), siempre y cuando la imposición de un mandato de actuar represente un incremento en la posibilidad de disfrute de la autonomía por parte de la colectividad. En efecto, el planteamiento de *autonomía como utilidad* representa un grado intermedio entre la responsabilidad máxima por el comportamiento precedente –responsabilidad por organización– y un grado de responsabilidad derivado de un deber de prestación positiva exclusiva –deber de solidaridad–; cfr. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 61. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión*, 2002, p. 58, por su parte, sostiene que “[para] la legitimación de las obligaciones jurídicas en general, que por definición interfieren coactivamente en la autonomía del individuo, en su capacidad para elegir y materializar planes de vida, la misma sólo se obtendrá, por de pronto, cuando los deberes impuestos deparen una preservación de la autonomía ajena superior a la autonomía que se sacrifica con la imposición de la obligación misma”.

<sup>845</sup> El estado de necesidad agresivo, a su vez, incluye los casos en los que el origen del peligro es totalmente independiente del sujeto necesitado de ayuda. En estos casos, el deber de solidaridad y de tolerancia de los que están obligados a prestar ayuda al necesitado es mucho más limitado; vid. SILVA SÁNCHEZ, «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia», en BARREIRO (eds.), *Libro homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 1011.

<sup>846</sup> Cfr. ROBLES PLANAS, *Límites al Derecho penal*, 2012, pp. 26-27.

positivos y los demás deberes de los funcionarios públicos<sup>847</sup>. Por esta razón, los límites de la obligación impuesta por el Estado al afectado deben ser mucho más restringidos, pues no existe ningún ejercicio previo de libertad<sup>848</sup>.

Habiéndose expuesto los planteamientos acerca de los niveles de manifestación de la autonomía, debe resaltarse que los argumentos aquí esgrimidos coinciden sustancialmente con la tripartición de deberes penales mencionada, así como con la creación de un escalón intermedio de deberes jurídico-penales<sup>849</sup>.

En este punto de la exposición es necesario retomar el estudio del BdeC. Si se acepta que el concepto de *autonomía real* constituye el punto de partida en la ponderación entre la imposición de deberes positivos o institucionales y la restricción de libertades individuales para la salvaguarda de esos intereses colectivos<sup>850</sup>, se habrá allanado el camino para fundamentar la existencia y necesidad de los deberes especiales de colaboración. Y es que un concepto de autonomía como el sostenido por ROBLES PLANAS permite fundamentar un extenso número de prohibiciones penales dirigidas a la protección de la “autonomía como garantía de disponibilidad de los derechos y libertades”<sup>851</sup>.

---

<sup>847</sup> Cfr. ROBLES PLANAS, *Límites al Derecho penal*, 2012, p. 33.

<sup>848</sup> Con comentarios adicionales, COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho Penal: concepto y fundamentos de solución*, 2015, p. 59. Ello es equivalente al argumento sostenido por RENZIKOWSKI, *Notstand und Notwehr*, 1994, p. 180, según el cual la distribución de deberes y libertades en el estado de necesidad defensivo debe basarse en la igualdad de los intereses de cada miembro de la sociedad. Así, ningún interés puede prevalecer sobre el otro. Por esto, de acuerdo con un principio de justicia distributiva e igualdad de las esferas jurídicas, la distribución de los riesgos se encuentra intrínsecamente relacionada con el reconocimiento de esferas de dominio (sobre los riesgos y sobre la responsabilidad por estos) absolutamente separadas.

<sup>849</sup> Relevante en los términos de las ideas aquí propuestas es que, aparte de la posición de responsabilidad propia del sujeto necesitado, ubicado en el origen del peligro, lo característico del estado de necesidad defensivo es la introducción de los elementos de solidaridad y de ponderación de las esferas de autonomía en la fundamentación del deber de socorro frente al necesitado. Y, como toda consideración de deberes de solidaridad exige una fundamentación sólida, la potestad sancionadora del Estado se encuentra restringida a la mínima garantía de la seguridad como consecuencia de la potencial restricción del ejercicio de autonomía que trae aparejada. Cfr., en ese sentido, KÜHL, *AT*, 7ª ed., 2017, §8, nm. 172; RENZIKOWSKI, *Notstand und Notwehr*, 1994, p. 196; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 61. El último autor, en particular, fundamenta el estado de necesidad defensivo sobre la idea rectora de solidaridad intersubjetiva.

<sup>850</sup> En efecto, el reconocimiento de una categoría intermedia con estas características es coherente con un Derecho penal basado en la protección de la autonomía y la atribución de responsabilidad como consecuencia del grado concreto de ejercicio de la libertad; cfr. ROBLES PLANAS, «En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos», en LUZÓN PEÑA (eds.), *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. LH-Mir Puig*, 2010, p. 461.

<sup>851</sup> Cfr. ROBLES PLANAS, *Límites al Derecho penal*, 2012, p. 31.

Si se proyectan los planteamientos del autor al terreno de las conductas típicas de BdeC se llega a la conclusión de que estas afectan a la autonomía real, pues no representan la lesión de bienes concretos, sino que ponen en riesgo “la lesión de normas que garantizan la producción y el mantenimiento de la autonomía”<sup>852</sup>. Es lo que ocurre en el caso de la aplicación de la justicia, en la medida en que agravan los efectos lesivos del delito antecedente, dificultan la labor de investigación de la Administración de Justicia y obstaculizan la pretensión de decomiso del Estado<sup>853</sup>.

En la misma línea, los deberes de colaboración de los sujetos obligados se mueven también en este plano de afectación de la autonomía real, aunque de forma menos intensa, pues no consisten en actos de organización del proceso de blanqueo y, así, representan una afectación menos frontal a la Administración de Justicia. Ello no obstante, ambas formas de intervención en dicho proceso, a saber, tanto el blanqueo por organización como el blanqueo por colaboración, afectan, aunque de forma distinta, a los mismos intereses colectivos de protección de la Administración de Justicia. Ambas conductas suponen diferentes formas de injerencia en ámbitos que forman “parte esencial de las condiciones de uso del derecho de la libertad de los demás<sup>854</sup>”, a saber, el correcto funcionamiento de los sistemas financieros y de la Administración de Justicia. Y, como se ha dicho, la protección de estas condiciones de uso de derecho de la libertad se concreta, entre otros, a través de la imposición de deberes positivos (generales y especiales), o de tipos que garantizan el orden institucional (*eg.* Administración de Justicia).

En síntesis, entiendo que ambas formas de realización del BdeC (blanqueo-organización y blanqueo-colaboración) consisten en distintos modos de afectación a la libertad real y a la autonomía real. Por ello, se hallan en el mencionado plano institucional de fundamentación del delito, pues representan un ataque a la garantía de la aplicación de la justicia por el Estado. Como consecuencia de hallarse en este rango difuso de organización social de la autonomía real, ambas formas delictivas (blanqueo-organización y blanqueo-colaboración) precisan de una fundamentación jurídica más acotada,

---

<sup>852</sup> Cfr. ROBLES PLANAS, *Límites al Derecho penal*, 2012, p. 26.

<sup>853</sup> Al respecto, vid. BERMEJO, «Confiscation of illicit profits in the Spanish Penal Code. Historical and conceptual analysis», *Latin American Legal Studies*, (4), 2019, p. 194.

<sup>854</sup> ROBLES PLANAS, *Límites al Derecho penal*, 2012, p. 32.



principalmente el blanqueo colaboración, teniendo en cuenta que este se trata estructuralmente de un deber positivo que limita considerablemente la manera de organizarse de los sujetos obligados.

### III. FUNDAMENTOS: DEBERES DE COLABORACIÓN COMO DEBERES POSITIVOS ESPECIALES: *CUASI-FUNCIONARIOS*

#### 1. *Introducción*

El análisis de la praxis del sistema de prevención de BdeC y de los cambios en la interacción entre Estado y ciudadanos que se ha realizado en los dos primeros capítulos ha dibujado un escenario difícilmente refutable: los sujetos obligados han recibido del Estado la tarea de contribuir en la labor de investigación de la Administración Pública. Hasta la fecha, la vulneración de este deber de colaborar con el Estado ha sido entendida en la doctrina como una modalidad de infracción del tipo penal de BdeC. Ahora bien, por las razones que se han expuesto, lo cierto es que aquella vulneración comporta un injusto distinto y específico de los sujetos obligados, que no coincide con el núcleo de la prohibición del BdeC, centrada en la organización de procesos de disimulación del origen ilícito de los capitales.

Partiendo de estas constataciones, se ha entendido necesario explicar cómo esta demanda de colaboración, que proviene de la praxis, se traduce normativamente. Para ello ha sido necesario analizar y aportar alguna precisión sobre la responsabilidad penal de aquellos que infringen los deberes *cuasi-policiales de colaborar* con el Estado. A tal efecto, el conocido planteamiento de PAWLIK sobre el injusto del ciudadano parecía el mejor camino, pues —como hemos podido comprobar— para este autor el fundamento elemental del Derecho penal radica en un deber de cooperación del ciudadano frente al Estado (*Mitwirkungspflicht*). Sin embargo, lo que este autor denomina “deberes de cooperación” representan en realidad deberes de ciudadanías. Conllevan la obligación, por un lado, de cumplir las normas que nos competen en nuestro rol de ciudadanos (competencias de respeto, de no intervenir en la libertad de los demás) y, por otro lado, de contribuir en el mantenimiento de las condiciones de la libertad real en los tradicionales supuestos de solidaridad activa (omisión de socorro) y pasiva (tolerancia frente al estado de necesidad agresivo)<sup>855</sup>.

---

<sup>855</sup> Así, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 92: “Die Verknüpfung des Mirtwirkungsgedankens mit dem Gedanken der Wahrung bürgerlicher Freiheit rechtfertigt den Geltungsanspruch des Strafrechts

Como se ha visto, dichos deberes de ciudadanía no se confunden con los *deberes de colaboración* a los cuales nos hemos venido refiriendo en el contexto del BdeC, pues estos últimos no tienen la pretensión de encarnar un deber general del ciudadano frente al Derecho, sino que consisten más bien en un *deber especial* de prevención e investigación de delitos, delegado a un grupo de delimitado de ciudadanos.

Ahora bien, pese a esta diferencia con respecto al planteamiento de PAWLIK, las tesis de este autor sí nos aportan algunas claves para pensar el deber especial de colaboración de los sujetos obligados. Y es que el autor alemán propone fundamentar el deber de cooperación a partir de las ponderaciones relativas a los ámbitos de libertad de cada ciudadano, su posición frente al Estado para contribuir en el mantenimiento de instituciones esenciales y, sobre todo, sostiene que los ciudadanos ejercen funciones *cuasi-funcionariales* cuando son llamados a representar al Estado. Junto con las ideas principales del planteamiento de PAWLIK, también el paradigma conceptual de ROBLES PLANAS respecto a la garantía de la autonomía real<sup>856</sup>, resulta decisivo para el ulterior desarrollo de esta investigación. En relación con este último autor, especialmente interesante ha resultado su visión de la dogmática como baremo para marcar los límites al Derecho penal. Lo que se tratará de hacer en las páginas que siguen es, entonces, fundamentar el deber de colaboración de los sujetos obligados en los elementos dogmáticos que reflejan la distribución de deberes y libertades —como son los niveles de competencia, los deberes positivos especiales y los generales—, así como en la tripartición de las causas de justificación y de los deberes de garante.

## 2. *Blanqueo-organización y blanqueo-colaboración: mismo interés, diferentes formas de afectación*

### 2.1. Interés: Administración de Justicia en sentido funcional

El detenernos en la exégesis del tipo penal del art. 301 CP, en la discusión acerca del bien jurídico protegido y en las distintas formas de interpretar el blanqueo

---

*und begrenzt ihn zugleich*”. Cfr. además PAWLIK, «Las competencias del ciudadano», en PAWLIK (eds.), *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, 2016, p. 87.

<sup>856</sup> Vid. *infra* Parte III, Cap.I.3: “5. La afectación de la autonomía como utilidad como locus del deber de colaboración”.

imprudente respondía al propósito de describir suficientemente las formas en que los diferentes sujetos intervienen en el proceso de blanqueo. Como este estudio ha mostrado<sup>857</sup>, el art. 301 CP encierra dos núcleos de conductas: en primer lugar, delimita directamente los actos de blanqueo (conversión, transmisión, encubrimiento del origen o naturaleza del bien) y de participación en el blanqueo y, en segundo lugar, permite responsabilizar a los particulares por las *conductas de aislamiento* del autor del delito precedente. El contenido de los actos de aislamiento, a su vez, está directamente relacionado con el interés de los órganos de investigación en acceder a las informaciones con respecto de las operaciones sospechosas de blanqueo —o que deberían haber sido reconocidas como tales—. El examen de las formas actuales de imputación de los sujetos obligados también ha puesto de relieve que se los castiga por conductas imprudentes u omisivas que no quedan abarcadas por el sentido nuclear del BdeC —que es la disimulación del origen ilícito del capital. Tratándose, más bien, de conductas que infringen cierta expectativa de colaboración con el Estado, lo que supone violentar el principio de legalidad. Llegados a este punto, entonces, conviene empezar a indagar acerca de los fundamentos que permiten distinguir entre (i) el injusto de la falta de colaboración de los sujetos obligados y (ii) el injusto de la organización del BdeC.

Antes de eso, en todo caso, debe empezar advirtiéndose lo siguiente: aunque son innegables los efectos del BdeC en la economía, avalados por un sinnúmero de estudios criminológicos<sup>858</sup> y por la doctrina<sup>859</sup>, para el análisis normativo que se desarrollará en lo sucesivo se priorizarán los efectos de este delito sobre la Administración de Justicia, así como la relación que el injusto de los sujetos

---

<sup>857</sup> Vid. supra, Parte I, Cap. IV: “Blanqueador colaborador”.

<sup>858</sup> Para una síntesis sobre los estudios criminológicos dedicados a los efectos económicos del BdeC: REUTER/TRUMAN, *Chasing dirty money: the fight against money laundering*, 2005; MOORE, «The Practical Political Economy of Illicit Flows», en REUTER (eds.), *Draining development?*, 2012.

<sup>859</sup> A nivel internacional, uno de los estudios más interesantes sobre el tema es el de CUELLAR, «The Tenuous Relationship between the Fight against Money Laundering and the Disruption of Criminal Finance», *Journal of Crim. Law and Criminology*, (93 - 3), 2003. Por otro lado, como ha puesto de relieve BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, pp. 195 ss., son los efectos dañinos sobre las reglas de libre competencia y, principalmente, los efectos criminógenos de la circulación de valores ilícitos en la economía los que hacen que este delito sea tan grave y que se combata con tanto interés a nivel mundial. Hay un aspecto que se destaca en cuanto a la preservación del sistema financiero: las disfuncionalidades que provoca la competencia desleal entre actividades que mezclan dinero lícito e ilícito, pues el dinero de origen ilícito acepta mayores riesgos y “cuesta menos” a sus poseedores (cfr. DEL CARPIO DELGADO, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, 1997, p. 69; PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales*, 2000, p. 224).

obligados representa frente a esta institución. Este enfoque no es arbitrario. Hay que recordar que el desarrollo actual de las reglas de prevención del BdeC se encamina a fortalecer un sistema de inteligencia<sup>860</sup> que pretende preservar las posibilidades de la Administración de Justicia de investigar a los autores (de los delitos antecedentes y también del BdeC), de decomisar los valores ilícitos<sup>861</sup>, así como su labor de aplicar el Derecho y evitar una erosión masiva de las normas<sup>862</sup>. A mayor abundamiento, estos intereses son los explícitamente acogidos en el art. 301 CP: que no se oculte el origen ilícito de los capitales, que no se disimulen las ganancias del delito precedente ni se encubran a sus poseedores.

Más precisamente, entonces, nos interesará poner el foco en el aspecto del BdeC que afecta a la *Administración de Justicia como institución*<sup>863</sup>. Al respecto, tal y como señala SÁNCHEZ-OSTIZ, debe tenerse presente que la Administración de Justicia realiza tareas que corresponden a la razón de ser del Estado, erigiéndose en un elemento fundamental para el mantenimiento de las expectativas sociales respecto a la vigencia de las normas<sup>864</sup>. La intervención de la Administración de Justicia sobre los delitos sirve para confirmar la validez de la norma precedente violada, a la vez que responde a la expectativa social de que los autores de delitos sean castigados por ellos. En todo caso, SÁNCHEZ-OSTIZ resalta que para que ello se produzca no basta con la sola comunicación del delito a los órganos de la Administración de Justicia –que es lo que se espera de los sujetos obligados–. Pues dicha comunicación representa solamente el inicio del proceso de re-estabilización de la norma. Esta no se producirá de forma plena y total hasta que los órganos de la Administración de Justicia se “hagan cargo” formalmente de la

---

<sup>860</sup> Sobre la relevancia del sistema de prevención del blanqueo para el establecimiento de los sistemas de inteligencia policial, que se consolidan a nivel europeo por vía de la Directiva Europea 2019/1153, por la que se establecen normas destinadas a facilitar el uso de información financiera y de otro tipo para la prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales, vid. GEORGE, «Financial information in the context of anti-money laundering: Broadening the access of law enforcement and facilitating information exchanges», *Journal of Money Laundering Control*, (23 - 2), 2020, pp. 373 ss.

<sup>861</sup> Cfr. ALTENHAIN, *Das Anschlussdelikt*, 2002, pp. 347 ss.

<sup>862</sup> En definitiva, para evitar el ascenso de un Estado de la mafia, en el cual las instituciones son debilitadas por el fuerte poder de intervención del capital e influencia de la criminalidad organizada; cfr. al respecto SANSEVERINO, «Corruzione e riciclaggio», en RAZZANTE (eds.), *Corruzione, riciclaggio e mafia*, 2015, p. 70 ss.; NEUHEUSER, «§ 261», *MK-StGB*, 2012, nm. 2.

<sup>863</sup> Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices? contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*, 2004, p. 330; ALTENHAIN, *Das Anschlussdelikt*, 2002, p. 336.

<sup>864</sup> Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices? contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*, 2004, p. 330; ALTENHAIN, *Das Anschlussdelikt*, 2002, p. 300.

situación y logren procesar el delito y aplicar la pena<sup>865</sup>. En definitiva, de acuerdo con el planteamiento de este autor la Administración de Justicia se presenta como una institución que en el ámbito del BdeC pone de manifiesto el sentido de las funciones estatales de investigar y juzgar el delito, de decomisar los valores y de mantener la eficacia de las normas<sup>866</sup>.

Como se dijo en el primer capítulo de este trabajo, el proceso de BdeC vulnera precisamente los objetivos que persigue la Administración de Justicia<sup>867</sup>: afecta a la función de apoyo a la persecución criminal, a la función procesal de decomiso de los flujos ilícitos de capital, así como a la función preventivo-general que se alcanza de forma prospectiva con el aislamiento de los autores de delitos precedentes, lo que los desincentiva a que sigan delinquiendo.

Desde esta perspectiva, uno podría argumentar que el delito de BdeC es un delito institucional. Sucede, sin embargo, que la Administración de Justicia como institución cuenta para su protección, principalmente, con la intervención de los funcionarios, pues son ellos quienes encarnan en primera instancia los deberes genuinamente estatales<sup>868</sup>. De hecho, la relación entre la Administración de Justicia y el estatus especial los funcionarios en la función de preservar los intereses públicos es la causa de que recaigan sobre ellos deberes positivos<sup>869</sup> y expectativas intensificadas de actuación.

Sin embargo, parece evidente que los blanqueadores-organizadores no ocupan un rol semejante al del funcionario, y tampoco sería plausible afirmar, según creo, que recaiga sobre ellos una expectativa de “velar por el bienestar de los demás”<sup>870</sup>, idea que acompaña a la identificación de los deberes institucionales.

---

<sup>865</sup> Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices? contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*, 2004, p. 330; ALTENHAIN, *Das Anschlussdelikt*, 2002, p. 336.

<sup>866</sup> Cfr. BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 347.

<sup>867</sup> Vid. *supra*, Parte I, Cap. III.3.d): “Tutela de funciones”.

<sup>868</sup> En efecto, como sostiene ROBLES PLANAS («Deberes negativos y positivos en derecho penal», *InDret*, (4), 2013, p.13): “La garantía del correcto funcionamiento institucional se produce primariamente por concretas personas: los funcionarios públicos, a quienes les incumben deberes positivos especiales”. También en este sentido, JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 44, defiende que este *status* especial del funcionario es siempre fundamento de un deber positivo.

<sup>869</sup> Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, pp. 40 ss.

<sup>870</sup> Cfr. ROBLES PLANAS, *InDret*, (4), 2013, p. 13.

Por todo lo indicado, debe concluirse que el blanqueo-organización consiste en un delito que *no responde a la idea de institución como criterio de imputación de responsabilidad*, sino que su injusto radica en conductas de *organización* de la propia esfera que *afectan a* la actuación de la Administración de Justicia, igual que sucede con los delitos de favorecimiento real y de encubrimiento<sup>871</sup>. Ello implica que los blanqueadores-organizadores atacan a las funciones de la Administración de Justicia como *extranei*.

Pues bien, ha sido ROBLES PLANAS el autor que con mayor claridad ha tematizado estas situaciones de ataques a las instituciones por parte de sujetos no especialmente obligados. En sus palabras:

“un tercero ajeno al desempeño de funciones institucionales (particular) no puede quedar abarcado por la relación institucional y, por consiguiente, su ataque a la misma institución debe tipificarse expresamente. A él no le alcanza ese deber (positivo), sino otro deber distinto consistente en no lesionar las instituciones del Estado desde la posición de ciudadano. Se trata, en efecto, de una lesión ‘desde fuera’ de las instituciones, razón por la cual no queda abarcada por aquellos tipos delictivos que sancionan precisamente al ‘obligado especial’ (funcionario) por el quebrantamiento de su posición de garantía institucional”<sup>872</sup>.

Aplicado esto al BdeC: desde su condición de ciudadano, el deber que infringe el blanqueador-organizador es el que se limitaba a prohibirle lesionar, desde el exterior, las instituciones del Estado representadas por la Administración de Justicia.

Esto se corresponde con la elección del Código penal de tipificar excepcionalmente conductas cuyo injusto radica en la perturbación, por parte de los particulares, del buen funcionamiento de la Administración de Justicia, como sucede con los tipos de favorecimiento real (art. 451.2 CP) o con la acusación y denuncia falsas y la simulación de delitos (art. 456 CP). Estos delitos describen conductas en las cuales el particular organiza su propio ámbito de libertad “entrometiéndose en esa función estatal”<sup>873</sup> de la Administración de Justicia. Así pues, a mi juicio aquellos que organizan los procesos de BdeC actúan de forma

---

<sup>871</sup> Aporta más ejemplos SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices? contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*, 2004, p. 371.

<sup>872</sup> Cfr. ROBLES PLANAS, *InDret*, (4), 2013, p. 16.

<sup>873</sup> Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices? contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*, 2004, p. 371.

semejante a los autores de los delitos indicados, es decir, llevan a cabo igualmente conductas que dificultan las prestaciones que la Administración de Justicia está llamada a realizar como institución, lesionándola desde fuera, desde la condición de ciudadano sin ningún vínculo institucional con la misma.

Distinta es, sin embargo, la forma como el blanqueo-colaboración afecta a las funciones de la Administración de Justicia. Ya hemos visto que la imposición de deberes de colaboración a los sujetos obligados no es contingente: no es preciso insistir nuevamente aquí en que el Estado no dispone, por sí solo, de las condiciones ni de las informaciones suficientes para prevenir este delito y en que, sin la integración de los sujetos obligados en los sistemas de información e inteligencia, aquel no lograría prevenir y castigar eficientemente las operaciones de blanqueo<sup>874</sup>. Esa es la razón por la que, como venimos reiterando, el Estado recurre al mecanismo de delegación de determinadas tareas sobre sujetos privados que están en mejor posición que él para llevar a cabo las tareas preventivas necesarias.

Y así, como consecuencia de la delegación formal de tareas de vigilancia, investigación<sup>875</sup> y prevención del delito de blanqueo<sup>876</sup> a un sector específico definido por la ley (L.O. 10/2010), los sujetos obligados se elevan desde su posición de ciudadano-*extraneus* a una en la que se presentan como colaboradores en la realización de la Administración de Justicia, incumbiéndoles facilitar la labor de los órganos de investigación (policía y fiscalía)<sup>877</sup>. En esa

---

<sup>874</sup> En este sentido, UNGER/LINDE, *Research Handbook on Money Laundering Rethinking Money Laundering & Financing of Terrorism in International Law*, 2013, p. 472.

<sup>875</sup> Vid. SARHAN, «Wie viel Kooperation zwischen Unternehmen und der Strafjustiz bei der Aufklärung verbandsinterner Kriminalität vertägt der Strafprozess?», *Wistra*, (9), 2017, p. 337.

<sup>876</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Expansión del derecho penal y blanqueo de capitales», en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (eds.), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, 2011, p. 137, quien en el momento del cambio legislativo de 2010, cuando se incluyó el delito de blanqueo de capitales como delito por el cual se puede exigir responsabilidad penal de las personas jurídicas, se pronunciaba así: “la inclusión del blanqueo en el ámbito de delitos que pueden ser cometidos por las personas jurídicas (art. 302.2 CP) no hace sino agudizar el problema de la extensión de la responsabilidad mediante transferencia de funciones policiales de colaboración con la Administración a particulares”. Sobre el mismo escenario en Alemania: SARHAN, «Wie viel Kooperation zwischen Unternehmen und der Strafjustiz bei der Aufklärung verbandsinterner Kriminalität verträge der Strafprozess?», *Wistra*, (9), 2017, p. 337.

<sup>877</sup> Sobre los sujetos obligados como destinatarios de tareas de colaborar con la policía vid. ZUBERBÜHLER, «Banken als Hilfspolizisten zur Verhinderung der Geldwäscherei?», en PIETH (eds.), *Bekämpfung der Geldwäscherei. Modellfall Schweiz?*, 1992, p. 38; KNORZ, *Der Unrechtsgehalt des § 261 StGB*, 1996, p. 217. Sobre la creciente participación de los particulares como colaboradores de la fiscalía en el proceso penal vid. ARMENTA DEU, *Sistemas procesales penales*, 2012, p. 154 ss.; SILVA SÁNCHEZ, en TIEDEMAN *et al.* (eds.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*,



condición de ayudantes o representantes del Estado en determinadas labores de prevención del delito, entonces, se puede definir la posición sistemática de los mismos como la de *cuasi-funcionarios*, esto es, como colaboradores en la labor de los funcionarios<sup>878</sup>.

## 2.2. Diferentes formas de afectación

Lo señalado hasta ahora permite concluir que ambas conductas de blanqueo, tanto la organizadora como la colaboradora, afectan al mismo interés jurídico, a saber, la Administración de Justicia en su sentido funcional, como institución. No obstante, lo hacen desde perspectivas muy distintas: por un lado, las conductas del blanqueador-organizador atentan externa y disruptivamente contra las funciones del proceso penal, mientras que, por otro lado, las conductas de blanqueo-colaboración (relacionadas con el deber de información y con el tipo de aislamiento) afectan a esta misma función al no ayudar a preservarla pese al deber de hacerlo. En suma, la primera agrede desde fuera a la institución por empeorar su capacidad de realizar sus prestaciones, mientras que la segunda lo hace al no ayudar cuando es llamada a hacerlo por vía de los deberes de informar

---

2016, p. 416; WOHLERS, «Criminal law as a regulatory tool», en DYSON/VOGEL, (eds.), *The limits of criminal law: anglo-german concepts and principles*, 2018, p. 239; WILLIAMS, «Criminal law in England and Wales: just another form of regulatory tool?», en DYSON/VOGEL, Benjamin (eds.), *The limits of criminal law: anglo-german concepts and principles*, 2018; WEWERKA, *Internal Investigations. Private Ermittlungen im Spannungsfeld von strafprozessualen Grundsätzen und Anforderungen einer globalisierten Wirtschaftstrafrecht*, 2012, p. 8; GRECO/CARACAS, «Internal investigations und Selbstbelastungsfreiheit», *NStZ*, (7), 2015, p. 6; FUHRMANN, «Internal Investigations: was dürfen und müssen die Organe beim Verdacht von Compliance Verstößen tun?», *NGZ*, (23), 2016. SILVA SÁNCHEZ, «Ley penal económica y Derecho regulatorio», en SILVA SÁNCHEZ, (eds.), *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, 2016, p. 81.

<sup>878</sup> En palabras, nuevamente, de ROBLES PLANAS: “bajo ciertos presupuestos tales deberes institucionales (positivos especiales) pueden llegar a ser trasladables a los ciudadanos particulares y entonces ser concebidos como ‘deberes de colaboración’ (p. ej. los deberes de colaboración de ciertos operadores jurídicos en materia de prevención del blanqueo de capitales). En tal caso el particular ocupa la posición de un *quasi-funcionario*” (ROBLES PLANAS, *InDret*, (4), 2013, p. 16). En sentido similar, pero considerando estos deberes como deberes positivos generales, NAVAS MONDACA, *Deberes negativos y positivos en Derecho penal*, 2018, p. 48: “[...] existen determinadas figuras penales poco estudiadas que están basadas en deberes positivos generales en los cuales, más que una solidaridad directa con un tercero, lo que aparece es un deber de cooperación con tareas propias del estado pero que recae no en los destinatarios naturales como son los empleados o funcionarios públicos, sino que en determinadas ocasiones estos deberes recaen en particulares. Así, junto con los delitos basados en deberes positivos generales de solidaridad, se encuentran aquellos delitos cuyo fundamento es un deber de colaboración con estas funciones estatales. Este se observa en diversas figuras como los delitos de omisión de impedir delitos por parte del particular”.

y de no impedir que otros lleven a cabo el blanqueo, es decir, al negarse a prestar “ayudas policiales”<sup>879</sup>.

Al respecto, SILVA SÁNCHEZ ha indicado que las instituciones pueden generar efectos penales tanto para los *outsiders* como para los *insiders*, de modo que la misma institución puede generar la imposición de deberes positivos o negativos dependiendo del destinatario. Así, los deberes positivos institucionales no se extienden uniformemente a todos los ciudadanos y, sobre todo, no acarrear necesariamente las mismas consecuencias que los deberes negativos<sup>880</sup>.

Bien mirado, el que se prohíban ambas clases de conducta responde a la pretensión de añadir diferentes “capas” para preservar las funcionalidades de la Administración de Justicia, emitiéndose deberes distintos según quien sea el sujeto que interviene en el proceso de blanqueo. Esa es la razón por la que se ha insistido en caracterizar a la protección del BdeC como un sistema: en su interior encontramos tanto los deberes negativos de los ciudadanos de no atacar directamente la labor de los órganos de investigación criminal, como los deberes positivos de colaboración de los sujetos obligados. Pero también hallamos ahí los deberes propiamente policiales y funcionariales con respecto a la investigación de los delitos y la aplicación de la justicia. A cada persona le corresponde, en suma, un actuar distinto frente al interés público.

Considerados desde esta perspectiva, entonces, se aprecia cómo los sujetos obligados se ubican entre los dos ámbitos de deberes mencionados: el de los funcionarios y el de los ciudadanos. Esta posición intermedia – entre los funcionarios y los ciudadanos “comunes”, no obligados a prevenir el blanqueo–, según alanzo, deriva de una serie de motivos, como por ejemplo la imposición de deberes de información y vigilancia de los sujetos obligados (L.O. 10/2010) o la mejor situación en que se hallan estos sujetos para identificar las transacciones ilícitas<sup>881</sup>. Dos de estos factores, delegación legal y cambio de expectativas

---

<sup>879</sup> Sobre la ejecución de deberes cuasi policiales por los ciudadanos, dentro de los límites legales, para preservar el funcionamiento del proceso penal, vid. PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, p. 227 ss.

<sup>880</sup> SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho Penal*, 2015, p. 169.

<sup>881</sup> Por lo menos en lo que se refiere a las instituciones financieras como sujetos obligados, es notorio que las crisis económicas y el aumento del control de la actividad financiera reflejan una menor tolerancia social con respecto a los riesgos y consecuencias dañinas que dichas actividades producen en la sociedad en momentos de crisis de solvencia; cfr. SCHÜNEMANN, «Die sog. Finanzkrise - Systemversagen oder global organisierte Kriminalität?», en SCHÜNEMANN (eds.), *Die sogenannte Finanzkrise - Systemversagen*

sociales, conllevan un cambio de rol de los sujetos obligados, que es lo que permite insertarlos en este organigrama de preservación de los intereses de la Administración de Justicia.

Dicho en otros términos, aunque las conductas de los blanqueadores y las de los colaboradores infringen efectivamente el mismo interés jurídico, estas responden a lógicas distintas según la teoría de los deberes. Es en el contexto del blanqueo-organización donde se producen los graves efectos indeseados a la economía y es también ahí donde se mueven las transacciones evidentemente fraudulentas de disimulación. El blanqueador-organizador domina el curso del capital ilícito y gestiona largas cadenas de procesos de disimulación, siendo que sus efectos pueden llegar a minar las instituciones públicas de un país, dados los efectos criminógenos que genera el fortalecimiento del poder económico de la criminalidad. Además, nada impide, evidentemente, que existan intervenciones puntuales en este proceso, como formas de participación en el delito, algo que ya se ha afirmado<sup>882</sup>.

En cambio, el reproche del blanqueo-colaboración se centra en el deber de *gatekeeper* de los sujetos obligados de construir una barrera de contención a los blanqueadores<sup>883</sup>, de poner en marcha un *firewall* frente a los intentos de blanqueo, y a la vez de contribuir con los funcionarios en la preservación de las funciones de la Administración de Justicia.

Así las cosas, las distintas conductas que integran la redacción actual del delito de BdeC configuran, desde mi punto de vista, formas de afectación cada vez más intensas al mismo interés. De ese modo, cuando los sujetos obligados dejan de

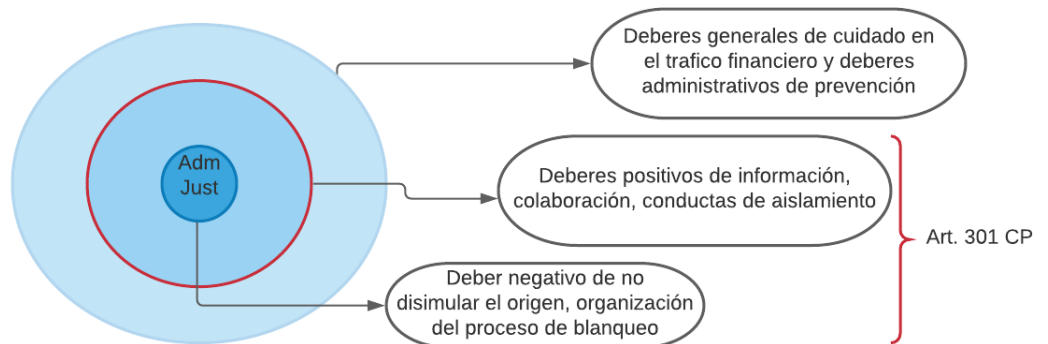
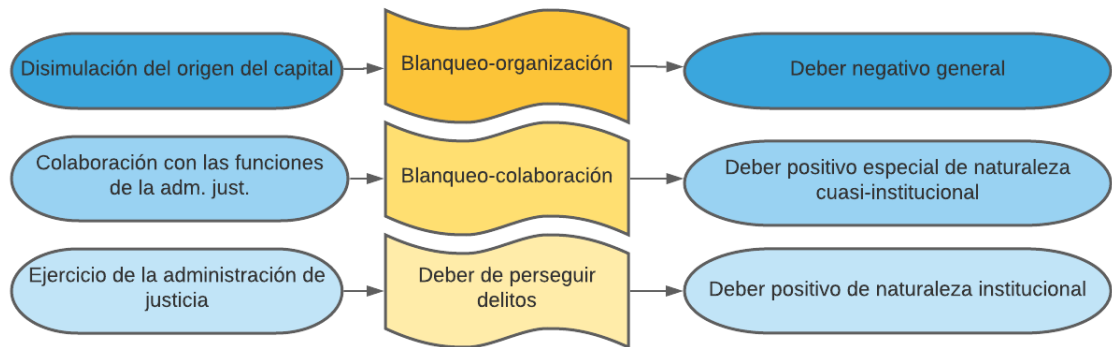
---

*oder global organisierte Kriminalität?*, 2010, p. 104; RÖNNAU, «Globale Finanzkrise - Quellen möglicher Strafbarkeit Risiken», en SCHÜNEMANN (eds.), *Die sogenannte Finanzkrise - Systemversagen oder global organisierte Kriminalität?*, 2010, p. 60. De hecho, los efectos de la última crisis económica han puesto de manifiesto la exigencia social de más responsabilidad a los bancos; cfr. LÜDERSSEN, «Finanzmarktkrise, Risikomanagement und Strafrecht», en KEMPF *et al.* (eds.), *Die Finanzkrise, das Wirtschaftsstrafrecht und die Moral*, 2010, p. 216; BLACK, «Reconceiving Financial Markets. From the Economic to the Social», *Journal of Corporate Law Studies*, (13 - 2), 2013, p. 411. No se trata aquí de cuestionar modelos económicos, pero sí de exigir *accountability* de los agentes que extraen los beneficios de este sistema económico. Ese también es uno de los aspectos del Derecho penal como herramienta regulatoria, pues en el movimiento expansivo del Derecho penal económico se redimensionan los límites del riesgo permitido en la actividad económica; en esa línea, vid. KUBICIEL, «Libertades, instituciones y delitos de peligro abstracto», *InDret*, (3), 2017.

<sup>882</sup> Vid. *supra*, Parte I, Cap. IV: “Blanqueador colaborador”.

<sup>883</sup> En detalles sobre la regulación de los sujetos obligados como *gatekeepers* y sobre cómo estos deberes se distribuyen dentro de la empresa, BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, pp. 470 ss.

comunicar a la UIF y dejan de adoptar las medidas de evitación del delito de terceros (blanqueadores) la Administración de Justicia empieza a ser vulnerada y esta agresión se hace todavía más grave con el ataque directo de los blanqueadores. Esta dinámica puede ser sintetizada con la imagen siguiente:



Sin embargo, en ese contexto se identifica un problema de relieve: ambas clases de deberes (deber general negativo y deber positivo de colaboración) se hallan actualmente comprendidas en el mismo tipo penal, pues como se ha visto las conductas de colaboración se castigan bajo el título de imputación del blanqueo imprudente y, en menor medida, como blanqueo en comisión por omisión. Contra ello, y como se ha venido afirmando, es preciso distinguir las dos clases de deberes e identificarlas a partir de la creación de normas autónomas, sobre la base de la distinta fundamentación que presenta cada una de ellas: el deber negativo de no dañar y el deber positivo especial de colaborar.

## IV. DEBERES DE COLABORACIÓN COMO DEBERES POSITIVOS ESPECIALES

### 1. Contenido de los deberes de colaboración

En las páginas anteriores se ha planteado la idea de que el deber de colaboración de los sujetos obligados se fundamenta en un deber positivo especial de facilitar la labor de la Administración de Justicia y, siempre que sea posible, de mantener al sistema financiero libre de valores de origen ilícito<sup>884</sup>. Se trata, como se ha dicho, de un *deber cuasi-institucional* que realza una relación vertical entre los sujetos obligados y el Estado (Administración de Justicia como institución), en contraposición a la relación horizontal entre blanqueador y sujeto obligado, que sería la característica de las formas de intervención en el delito<sup>885</sup>. A continuación, se realizarán algunas puntualizaciones con respecto de los contornos de dichos deberes positivos que delimitan la posición jurídica de los sujetos obligados.

Antes, en todo caso, conviene detenerse un momento en la delimitación de los deberes positivos frente a los negativos. Ambas clases de deberes encuentran sus raíces en discusiones atemporales de la filosofía y de la ética<sup>886</sup>, y en el ámbito jurídico conforman las dos formas básicas de obligación frente al Derecho<sup>887</sup>. Ciñéndose al ámbito específico del Derecho penal, el significado de los deberes

---

<sup>884</sup> Como pone de relieve SEELMANN, «Nichtstun als Straftat: Bedeutungszuwachs und Problempotenzial der unechten Unterlassungsdelikte», *ZStrR*, (3), 2007, p. 264, el incremento de la independencia de la sociedad civil frente al Estado lleva al hecho de que la preservación de los bienes jurídicos dependa cada vez más de comportamientos de control de riesgo de terceros que son, a veces, entendidos demasiado ampliamente como deberes de garante.

<sup>885</sup> De hecho, es sugerente el texto introductorio a la Orden EHA/2963/2005, que crea y regula el Órgano Centralizado de Prevención del Notariado en materia de BdeC: “Las últimas modificaciones normativas habidas en *materia de prevención del blanqueo* de capitales *han modificado el carácter de los notarios*, atribuyendo como función esencial a los Colegios Profesionales la de ejercer *cuantas funciones le sean encomendadas por la Administración y colaborar con ésta* mediante la realización de actividades que sean propias de sus fines (...) unidas a la conveniencia de reforzar el sistema [de prevención del blanqueo]”.

<sup>886</sup> En cuanto al contenido de estos deberes en el campo de la ética, vid. LICHTENBERG, «Negative duties, positive duties, and the “New Harms”», *Ethics*, (120 - 3), 2010, p. 558. Sobre el mismo “peso” que ambos poseerían para la vinculación jurídica, vid. SINGER «Negative and Positive Duties», *The Philosophical Quarterly*, (59 - 15), 1965, p. 98.

<sup>887</sup> Vid. JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 80 ss.; COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho Penal: concepto y fundamentos de solución*, 2015, p. 259.

positivos ha ganado una especial prominencia a raíz de la obra de JAKOBS<sup>888</sup>, que se toma como punto de partida en lo que sigue.

En esencia, los deberes negativos consisten en deberes de no dañar (*neminem laedere*) y obligan a todas las personas a restringir su libertad con el fin último de no perturbar los derechos de los demás<sup>889</sup>. Está ampliamente admitido que, en una configuración política del Estado que se oriente a garantizar las libertades de sus ciudadanos, la expresión de la libertad debe ser el punto de referencia para el Derecho penal. Así, los deberes negativos son la expresión máxima de la libertad de organización<sup>890</sup> y por ello conllevan las sanciones más contundentes<sup>891</sup>.

Los deberes positivos, por su parte, encierran deberes de solidaridad<sup>892</sup> y tolerancia, esto es, aquellos deberes de proporcionar ayuda a una persona<sup>893</sup>, así como deberes institucionales de soportar una injerencia en la libertad de uno a favor de un interés público superior<sup>894</sup>. En el contexto de los deberes positivos, entonces, el sujeto se relaciona con el resultado porque posee un *estatus especial* frente a los intereses colectivos, de donde se deduce que su responsabilidad no deriva de la plena libertad de organización ni de un comportamiento precedente.

---

<sup>888</sup> Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 39.

<sup>889</sup> Vid. JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 83; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 83; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 174 ss.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión*, 2002, p. 55.

<sup>890</sup> Representan la gestión inadecuada de las esferas jurídicas ajenas: vid. ROBLES PLANAS, *InDret*, (4), 2013, p. 5; EL MISMO, *Garantes y cómplices*, p. 58; JAKOBS, *Acción y omisión en Derecho penal*, 2000, p. 10.

<sup>891</sup> Vid. JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 44; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 179 ss.

<sup>892</sup> Según ALCACER GUIRAO («Límites al deber de socorro», *RGDP*, [26], 2016, p. 4), las relaciones de solidaridad cualificada o intensificada que quedan socialmente reconocidas en una determinada institución se fundamentan en los deberes positivos especiales.

<sup>893</sup> JAKOBS defiende que los deberes positivos son deberes de identificarse con la persona en una situación de víctima; cfr. JAKOBS, «La omisión, estado de la cuestión», *Sobre el estado de la teoría del delito*, 2000, p. 132; JAKOBS, *Acción y omisión en Derecho penal*, 2000, p. 8. Este autor sostiene que en los deberes negativos se trata de compensar una situación de empeoramiento producida por el autor: si este no existiera, la víctima no habría necesitado ayuda. Por el contrario, en los deberes positivos la situación de peligro para la víctima existe independientemente del comportamiento del autor. Sobre la dualidad propuesta por JAKOBS a partir de los principios de organización e institución vid. VOGEL, J., *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, pp. 355 ss.

<sup>894</sup> Vid. JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 84; VOGEL, J., *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993 p. 371. COCA VILA (*La colisión de deberes en Derecho Penal: concepto y fundamentos de solución*, 2015, p. 256) sintetiza las ideas expuestas así: “Mientras que los deberes negativos protegen –de forma inmediata– bienes jurídicos existentes, los deberes positivos garantizan un bien virtual, esto es, garantizan la posibilidad jurídica de su surgimiento”.

Así las cosas, para entender mejor el argumento de que los sujetos obligados son destinatarios (también) de deberes positivos, conviene recordar<sup>895</sup> que estos se vinculan con el proceso de BdeC de *dos modos distintos*. De un lado, pueden ser autores y partícipes del blanqueo-organización, si gestionan deliberadamente las transacciones, es decir, si actúan *dolosamente* y en el sentido de disimular el origen del capital. Y, de otro, pueden ser autores o partícipes del blanqueo-colaboración, al que se ha identificado como “blanqueo impropio”<sup>896</sup>, como consecuencia de la infracción de los deberes de colaboración con la Administración de Justicia. En definitiva, no es la etiqueta de “sujetos obligados” lo que les confiere la atribución de conductas de colaboración, sino el vínculo cuasi-institucional que mantienen en la condición de delegados del Estado, cuando su labor se desarrolla en favor de los intereses públicos de investigar e interrumpir los flujos de capital ilícito.

Como subraya SÁNCHEZ-VERA, en el terreno de los deberes positivos entra en escena principalmente el rol que desempeña cada uno frente al Derecho, no solamente como persona, sino también en su “rol-nexo” con los deberes positivos, como la representación institucional del policía, del agente público o del miembro del poder judicial<sup>897</sup>. En este orden de ideas, el sujeto obligado se relaciona con el delito de BdeC en la posición de ciudadano común cuando realiza aportaciones al blanqueo-organización. Esto ocurre, como se ha visto, cuando su actividad se desarrolla fuera de los límites de lo permitido y se desvía de la legalidad para favorecer las transacciones de blanqueo, o cuando su labor o asesoramiento tienen el sentido exclusivo de orientar y estructurar transacciones dirigidas a disimular el origen ilícito de los bienes<sup>898</sup>. Por consiguiente, estas

---

<sup>895</sup> Vid. *supra* Parte I, Cap. IV: “Blanqueadores colaboradores”.

<sup>896</sup> Vid. HEINRICH, «§ 261», en ARZT *et al.* (eds.), *Strafrecht. BT*, 3ª ed., 2015, nm. 23.

<sup>897</sup> Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 101. En sentido similar, COCA VILA (*La colisión de deberes en Derecho Penal: concepto y fundamentos de solución*, 2015, p. 254) defiende que “[l]a determinación de los deberes jurídico-penales es necesariamente situacional y contexto-dependiente”.

<sup>898</sup> Piénsese aquí en el caso del bufete de abogados Mossak Fonseca, que copó las portadas de los periódicos tras revelarse, en el contexto de los Papeles de Panamá, que sus abogados habían estructurado millares de empresas en paraísos fiscales para recibir fondos de origen ilícito. Entre la abundante información que se divulgó en los periódicos, una página dedicada a informar sobre casos de BdeC indicó: “*Colloquially known as the ‘Panama Papers’, these documents sparked multiple trans-Atlantic criminal investigations, whose immediate political causality was Iceland’s then-Prime Minister, Sigmundur David Gunnlaugsson. Upon the two men’s arrest, Ms. Porcell described the firm [Mossak Fonseca] as a ‘criminal organization dedicated to hiding assets or money from suspicious origins’*” (disponible en: <https://www.moneylaunderingnews.com/2017/02/mossack-fonseca-founders-arrested-detained-money-laundering-charges/>; acceso el 15.11.2020). Aportando detalles sobre cómo el sector

conductas consisten en un delito de dominio en el cual el sujeto obligado puede intervenir activamente o en comisión por omisión, siempre que esta última se presente como una omisión de garante material y normativamente equivalente a la acción. Ahora bien, sea cual fuere la forma de intervención, según entiendo, esta debe ser dolosa, es decir, debe partir del conocimiento seguro del origen ilícito del capital, y la conducta debe tener el sentido y la “voluntad” de disimular el origen ilícito.

Desde otra perspectiva, el sujeto obligado se ubica frente al BdeC también en el “rol-nexo” de representante del Estado respecto a las tareas delegadas de detección y prevención de este delito. Como ya se ha reiterado en esta investigación, para evitar las operaciones de BdeC y cumplir con las funciones de la Administración de Justicia, el Estado depende, en gran medida, de la colaboración y de la actuación de empresas y de particulares<sup>899</sup>. Y ello es así porque esta ha sido la estrategia político-criminal adoptada en el marco de la prevención de este delito, eligiéndose la gestión compartida de las funciones de la Administración de Justicia entre Estado y sujetos obligados en lo que se refiere al BdeC<sup>900</sup>.

Más concretamente, en el contexto del blanqueo-colaboración los sujetos obligados son destinatarios de dos clases de tareas: colaborar informando y colaborar aislando al que quiera blanquear. Los deberes de *colaboración-información* son aquellos que se extraen de las previsiones administrativas con

---

obligado se involucra en las operaciones de la criminalidad organizada en estos mismos términos, LEVI/SOUDIJN, «Understanding the Laundering of Organized Crime Money», *Crime and Justice*, (49), 2020, pp. 3, 10. Más específicamente sobre los contornos jurídicos del asesoramiento de operaciones de blanqueo, vid. ROBLES PLANAS, «Riesgos Penales del Asesoramiento Jurídico», *La Ley*, (7015 - XXIX), 2008; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Blanqueo de capitales y abogacía», *InDret*, (1), 2008.

<sup>899</sup> Pese a que se trata de un factor que se ha ido resaltando a lo largo de esta investigación, conviene incidir una vez más en la dependencia que tiene el Estado respecto a la tecnología y los conocimientos específicos de los sectores que se relacionan directamente con los entornos en los que se llevan a cabo las operaciones de blanqueo: bancos de datos de personas con responsabilidad pública –administrados por empresas de auditoría–, *softwares* diseñados para analizar combinaciones de informaciones que permiten detectar patrones de flujos de dinero ilícito (los llamados sistemas de *data-mining*), sistemas de seguridad de bancos de datos, utilizados por los cuerpos de seguridad; todo ello supera las capacidades técnicas propias del Estado. En este sentido, cfr. ALBASHRAWI, «Detecting financial fraud using data mining techniques: a decade review from 2004 to 2015», *Journal of Data Science*, (14), 2016; LEVI/REUTER, «Money laundering», en TONRY (eds.), *The Oxford Handbook of crime and public policy*, 2011, p. 22; SCIURBA, *Anti-Money Laundering State Mechanisms*, 2018, p. 114; SALEHI *et al.*, «Data mining techniques for anti money laundering», *International Journal of Applied Engineering Research*, (12 - 20), 2017, p. 1088.

<sup>900</sup> En la misma línea, vid. KÖLBEL, «Criminal Compliance – ein Missverständnis des Strafrechts?», *ZStW*, (3 - 125), 2013, p. 501.



efectos metapenales: (i) no informarse con respecto de las actividades del cliente que puedan interesar a la Administración de Justicia realizando transacciones con imprudencia grave respecto al origen del capital, (ii) no comunicar las operaciones sospechosas y (iii) ausencia sistemática de diligencia debida que impida recopilar las informaciones que la UIF pretende obtener.

En lo que se refiere a las conductas de *colaboración-aislamiento en sentido amplio*, pueden identificarse las siguientes: (iv) los supuestos de encubrimiento de las operaciones de BdeC y de sus autores, (v) las conductas características del tipo de aislamiento, a saber, poseer, utilizar o adquirir para sí o para terceros un bien cuyo origen ilícito se conocía o podía conocerse (imprudencia grave) al momento de la transferencia, (vi) las conductas de auxilio *post factum* (receptación de valores, administración de bienes), así como (vii) las demás formas de castigo del blanqueo por imprudencia grave que se refieren a la probabilidad de conocimiento del origen ilícito de los capitales.

En cuanto a los actos de encubrimiento del autor del delito precedente, deben hacerse algunos matices. En mi opinión, la posición de cuasi-funcionarios cambia los contornos de las conductas de encubrimiento de los sujetos obligados respecto a las operaciones de blanqueo, pues dicha posición de delegados del Estado modifica la expectativa normativa que recae sobre ellos. Así, aquello que para un ciudadano común es un deber de no perturbar la Administración de Justicia (no encubrir para no afectar desde fuera a la institución), como se ha afirmado más arriba, para los sujetos cuasi-funcionarios se trasmuta en la infracción de un deber de colaborar con la misma (no encubrir para ayudar a los órganos de investigación), en virtud del rol especial que deposita el Estado en los sujetos obligados. Por ello, el encubrimiento que realiza el sujeto obligado podría considerarse, en un plan de reforma futura, como un caso de encubrimiento agravado, considerándose el rol especial de los sujetos obligados frente a la Administración de Justicia.

Analizando la cuestión *de lege lata*, la redacción actual del tipo (art. 301 CP) castiga el blanqueo-colaboración, en suma, cuando el sujeto obligado no aísla al que intenta blanquear, por medio de las conductas de poseer, adquirir o usar valores de origen ilícita, de encubrimiento del autor del delito antecedente, del blanqueo por imprudencia grave y también cuando su omisión no llega a ser

material y normativamente equivalente a la acción (lo que sucede, por ejemplo, cuando se califica automáticamente la posición de garante en virtud de la previsión legal<sup>901</sup>). El castigo de estos comportamientos, según creo, funciona como cláusula de recogida para transacciones sospechosas<sup>902</sup>. Pero, en la actualidad, esos comportamientos son castigados como si fueran hechos propios de blanqueo cuando, en realidad, sirven a los intereses de la Administración de Justicia. Por esta razón se viene afirmando que existe un *castigo indirecto* del blanqueo-colaboración dentro del tipo de blanqueo-organización.

Las conductas de colaboración también se castigan indirectamente como consecuencia de la infracción de los deberes administrativos (positivos) primarios y secundarios de prevención del BdeC. El deber positivo primario por excelencia de los sujetos obligados consiste en la obligación de comunicar las operaciones sospechosas a la UIF; mientras que los deberes positivos secundarios determinan la adopción de medidas de diligencia debida que permitan identificar dichas operaciones, así como las demás reglas administrativas con respecto del manejo de las informaciones y de los datos relativos a la prevención del blanqueo. Como correctamente observa BERMEJO,

“la infracción de tales deberes secundarios de examen e investigación puede dar lugar, también, a responsabilidad penal debido a que la infracción de estos vuelve imposible el cumplimiento de los deberes esenciales. En efecto, el sujeto obligado no puede excusarse en la falta de cumplimiento de los deberes secundarios para evitar la sanción por la infracción de los deberes esenciales”<sup>903</sup>.

---

<sup>901</sup> Vid. ASCHKE, *Der Straftatbestand der Geldwäsche im Lichte zivilrechtlicher Erwerbsprinzipien*, 2012, p. 165. Según explica SILVA SÁNCHEZ, «Apuntes sobre el contexto histórico-dogmático del artículo 11 del Código Penal», *Diario La Ley*, (5 - 22139), 2001, p. 10, la infracción de un deber legal es una condición necesaria, pero no suficiente para la equivalencia de la omisión. En la misma línea, SEELMANN, *ZStrR*, (3), 2007, p. 265, subraya que la expansión de los contextos de riesgo en la empresa ha conllevado una interpretación demasiado amplia de los supuestos de comisión por omisión, que no se corresponden necesariamente con el sentido real de este instituto de la Parte General, y cita específicamente el ejemplo del BdeC como supuesto de castigo incorrecto de las omisiones en el caso de “*Bankpersonal, das die Identität von Kunden nicht hinreichend feststellt und so Geldwäscherei zulässt*”.

<sup>902</sup> Vid. HEINRICH, en ARZT *et al.* (eds.), *Strafrecht. BT*, 3ª ed., 2015, nm. 31. Ello se comprueba a través de la referencia común al tipo de blanqueo de capitales imprudente como una cláusula de recogida, “aplicada a situaciones probatorias inciertas” y, en ocasiones, sin un elemento de injusto propio; cfr. CALDERÓN TELLO, *El delito de blanqueo de capitales: problemas en torno a la imprudencia y a la receptación*, 2016, p. 75; FABIÁN CAPARRÓS, «Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre el blanqueo imprudente de capitales», *Revista General de Derecho Penal*, (16), 2011.

<sup>903</sup> Cfr. BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 312.

No puede más que darse la razón a este autor cuando subraya que los deberes positivos de examen e investigación –que van más allá de las medidas de cuidado frente al blanqueo– trascienden el ámbito de la responsabilidad administrativa y son castigados indirectamente en el art. 301 CP, a pesar de que este no se configure como una norma penal en blanco.

Avanzando en el contenido de los deberes positivos, si se tienen en cuenta las conductas que se acaban de describir –letras (i) a (vii) *supra*–, a primera vista estas pueden parecer corresponderse con un deber negativo de no organizarse para delinquir, o de garantizar que de la actividad profesional no se generen efectos lesivos para la Administración de Justicia. No obstante, pese a esta apariencia las conductas enumeradas encarnan el deber de los sujetos obligados de facilitar la labor de los órganos de investigación de identificar el capital ilícito y proceder al decomiso y proceso penal. En efecto, igual que ocurre en otros ámbitos de los deberes positivos<sup>904</sup>, la fenomenología de la conducta no puede ser determinante para definir la clase de deberes a que están sometidos los sujetos obligados<sup>905</sup>. Como pone de relieve ROBLES PLANAS, la distinción entre deberes negativos y positivos tiene que ver “con el diverso *fundamento* de cada uno de estos deberes”, y no con la forma en la que estos se presentan naturalísticamente<sup>906</sup>.

En otras palabras, lo determinante para reconocer el deber positivo no es la forma en que se lleva a cabo su cumplimiento (informando positivamente o no encubriendo negativamente), sino la expectativa que estos deberes proyectan

---

<sup>904</sup> La moderna doctrina de la comisión por omisión ha puesto de relieve una y otra vez que la forma como se manifiesta la conducta (hacer *versus* no-hacer) no es relevante a la hora de definir la responsabilidad en comisión por omisión. Ya no se discute en este ámbito que lo relevante es la norma de fondo que se vulnera, pudiéndose infringir una norma de prohibición (prohibición de matar) por acción (matando) y por omisión (no salvando, después de asumir la posición de garante); cfr., por todos, SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2006, pp. 184 ss.; JAKOBS, *PG*, 1997, §28, nm. 7. Sobre las consecuencias de esto en la teoría de los deberes, vid. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 115.

<sup>905</sup> Del mismo modo que la doctrina trató de superar la distinción ontológica entre acción y omisión (el hacer o no hacer) para poner de relieve los mandatos y prohibiciones que estaban detrás de aquella, también en la distinción entre los deberes positivos y negativos hay que superar esta misma identificación ontológica entre “deber negativo de no delinquir” y “deber positivo de mejora”. Según ROBLES PLANAS, *InDret*, (4), 2013, p. 4, la asociación entre prestación positiva —de fomento o mejora— con los deberes positivos, por un lado, y entre el daño o empeoramiento de una situación con los deberes negativos, por el otro, resultaría “tan perniciosa y naturalística” como la entonces identificación entre el movimiento corporal o la ausencia de él y la acción y omisión, respectivamente. De acuerdo con lo anterior, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, pp. 67 ss.

<sup>906</sup> Cfr. ROBLES PLANAS, *InDret*, (4), 2013, p. 5.

sobre el comportamiento del sujeto obligado<sup>907</sup>: que colaboren con el interés colectivo con independencia de haber ejercido plenamente su libertad de organización. Al respecto, como ejemplifica COCA VILA, lo característico de los deberes positivos es que su configuración e imposición dependen muy poco de la manifestación de voluntad del sujeto, pues se trata “de un contrato de adhesión, en donde las condiciones generales están determinadas y no hay, pues, posibilidad de renegociarlas individualmente”<sup>908</sup>.

La metáfora de este autor se aplica bastante bien, a mi juicio, al contexto de los deberes de los sujetos obligados. Y es que si una empresa o un particular desarrollan alguna de las actividades listadas en el art. 2 L.O. 10/2010 de forma concomitante a su actividad profesional, deberán necesariamente “tender la mano” a la UIF e insertarse en el engranaje del sistema de prevención del BdeC para desarrollar las tareas delegadas por el Estado.

## 2. *Deber positivo cuasi-institucional no equivalente al deber negativo*

Llegados a este punto, es preciso volver la atención a las consecuencias de la identificación de los deberes positivos en la imputación del resultado previsto en los tipos de la Parte General. Como es de sobra conocido, dichas consecuencias se han abordado más detenidamente en la literatura penal a tenor de la fundamentación de los deberes de garante y, más precisamente, en los planteamientos de JAKOBS con respecto de la distinción entre los *deberes en virtud de responsabilidad por organización* y los *deberes en virtud de responsabilidad institucional*<sup>909</sup> como soporte material para la responsabilidad de los garantes. Al respecto, este autor señala que la relación institucional impone deberes positivos especiales a una persona o grupo de personas que, para preservar una institución fundamental, deben “configurar conjuntamente un mundo en común”<sup>910</sup>. La consecuencia de ello es que la infracción de un deber

---

<sup>907</sup> En este sentido, vid. JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 44.

<sup>908</sup> COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho Penal: concepto y fundamentos de solución*, 2015, p. 247.

<sup>909</sup> Vid. JAKOBS, *PG*, 1997, § 29, nm. 28.

<sup>910</sup> JAKOBS sostiene que, junto a la clase general de los deberes negativos, todas las sociedades conocen también deberes positivos para aquellos poseedores de un status especial, a saber, el Estado, la relación paterno-filial, el matrimonio y las relaciones de confianza especial; vid. JAKOBS, *Acción y omisión en Derecho penal*, 2000, p. 10; JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 84; JAKOBS, *PG*, 1997, § 29, nm. 58. De acuerdo con lo anterior, NAVAS MONDACA, *Deberes negativos y positivos en Derecho penal*, 2018, p. 42.

positivo de naturaleza institucional permite la imputación del resultado de los tipos de la Parte General del mismo modo que la responsabilidad por organización<sup>911</sup>.

Como bien sintetiza ROBLES PLANAS al abordar la postura de aquel autor, más allá de las instituciones definidas por JAKOBS no habría deberes positivos “o, si existen, carecen de transcendencia penal”<sup>912</sup>. De ese modo, los deberes positivos tendrían, para JAKOBS, dos efectos fundamentales: por un lado, sólo existen vinculados al deber de preservar una institución “auténtica”<sup>913</sup> y, por otro, serían estructuralmente equivalentes a los deberes negativos<sup>914</sup>.

Sin duda, si asumiésemos los planteamientos de JAKOBS en el sentido de que la infracción de los deberes negativos y la de los deberes positivos de naturaleza institucional acarrearán las mismas consecuencias penales<sup>915</sup>, no habría problemas en reconocer que los sujetos obligados son destinatarios de estas dos clases de deberes, contenidos dentro del mismo art. 301 CP<sup>916</sup>. También en coherencia con esta postura, con independencia de la razón que cimentara el vínculo del sujeto obligado con el delito (por organización o cuasi-institucional), aquel respondería por el resultado previsto en el tipo y le correspondería la misma pena.

---

<sup>911</sup> JAKOBS sostiene esta posición con base en un “principio de la prioridad de los intereses públicos”; vid. JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 55. Cfr. además JAKOBS, *Sobre el estado de la teoría del delito*, 2000, p. 132; JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 84. Una síntesis de la trayectoria de los deberes de garante considerando la responsabilidad institucional se halla en PERDOMO TORRES, *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión. La contribución de la filosofía del derecho de Hegel a la solución*, 2001, pp. 30 ss.

<sup>912</sup> Así, ROBLES PLANAS, *InDret*, (4), 2013, p. 7.

<sup>913</sup> En esta línea, este autor indica que ciertas instituciones sociales son tan relevantes para la configuración de una sociedad que están al mismo nivel de importancia básica que la libertad de organización y la responsabilidad por las consecuencias. Las instituciones que elige como “de importancia básica para la sociedad” son, como se sabe, la relación paterno-filial, la de confianza especial y los deberes genuinamente estatales, como son la función policial y la Administración de justicia: vid. JAKOBS, *PG*, 1997, § 29, nm. 58; JAKOBS, *Sobre el estado de la teoría del delito*, 2000, p. 132; JAKOBS, *Acción y omisión en Derecho penal*, 2000, p. 8.

<sup>914</sup> De hecho, esta conclusión es compartida por una parte significativa de la doctrina. En este sentido, MIETH, *Positive Pflichten*, 2012, p. 114; PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal*, 2016, p. 112; COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho Penal: concepto y fundamentos de solución*, 2015, p. 270; NAVAS MONDACA, *Deberes negativos y positivos en Derecho penal*, 2018, p. 42; GARZÓN VALDÉS, «Los deberes positivos generales y su fundamentación», *Doxa*, (3), 1986, p. 17. Este último se refiere a los deberes positivos como deberes imperfectos, en comparación con los deberes negativos. A pesar de ello, a lo largo de su texto sostiene que los deberes positivos y los negativos están al mismo nivel, y que no habría una relación de preferencia entre unos y otros.

<sup>915</sup> Vid. JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 83.

<sup>916</sup> Como pone de relieve SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 120, los tipos codificados de la Parte especial pueden describir, en principio, “tipos de interpretación de las instituciones negativas o positivas”.

Consecuentemente, toda la diferenciación realizada hasta ahora en relación con los deberes de colaboración como deberes positivos, aunque acertada, no arrojaría mayores efectos para la práctica. En otras palabras, si los sujetos obligados son titulares de deberes positivos especiales y se considera que la consecuencia de la infracción de los mismos es la imputación del resultado del mismo modo que sucede con la vulneración de los deberes negativos (responsabilidad por organización), entonces todo lo dicho hasta ahora sobre los deberes de colaboración tendría un rendimiento meramente formal, sin consecuencias prácticas relevantes.

No obstante, la doctrina suele dirigir contra esta concepción dos críticas de fondo que ponen en jaque la interpretación universalizante de JAKOBS y a las que, pese a no poder dedicárseles aquí toda la atención que merecen, sí conviene hacer alusión. La primera de ellas incide en lo indefinido e inestable del concepto de “institución”. En efecto, más allá de las referencias a los deberes genuinamente estatales, las relaciones paterno-filiales y de confianza especial, el autor alemán no profundiza sobre el porqué ciertas instituciones darían lugar a deberes positivos y bajo qué circunstancias, ni qué otras instituciones se podrían incluir en este listado<sup>917</sup>. En segundo lugar, y como pone de relieve ROBLES PLANAS, no queda claro por qué la existencia del deber positivo debería cargarse con el axioma básico del Derecho penal que es el principio de libertad de organización y responsabilidad por las consecuencias<sup>918</sup>.

De resultas de esta crítica, una parte seguramente mayoritaria de la doctrina española rechaza los planteamientos de JAKOBS en lo relativo a la equivalencia de entidad normativa entre responsabilidad por organización (deberes negativos) y responsabilidad institucional (deberes positivos institucionales)<sup>919</sup>. Con todo, ha

---

<sup>917</sup> Cfr. DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia en Derecho penal*, 2006, p. 745; SUAREZ GONZÁLEZ, «Los delitos consistentes en la infracción de un deber. Particular referencia a los delitos cometidos por funcionarios», *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del Derecho penal*, 2001, p. 160.

<sup>918</sup> Cfr. ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales*, 2007, p. 32. Crítico con el énfasis que JAKOBS pone en el resultado, en detrimento de la fundamentación del deber institucional, DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia en Derecho penal*, 2006, p. 468.

<sup>919</sup> Rechazando la idea de competencia institucional, SILVA SÁNCHEZ, «Zur Dreiteilung der Unterlassungsdelikte», *FS-Roxin*, 2001, p. 647; SILVA SÁNCHEZ, «La comisión por omisión: comentario al artículo 11 del Código Penal de 1995», en VIVES ANTÓN (eds.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, 2004, p. 473 s.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión*, 2002, p. 141. En la doctrina germánica, SEELMANN, *ZStrR*, (3), 2007, p. 271, sostiene que la imposición de deberes positivos representa una

sido ROBLES PLANAS quien mejor ha sintetizado las críticas a JAKOBS en lo que se refiere a los efectos de los deberes positivos sobre la imputación de responsabilidad penal. Según el autor español, no toda forma de relación permanente y jurídicamente reconocida (institución) genera automáticamente deberes positivos. Ni todos los deberes positivos merecen la misma intensidad de protección<sup>920</sup>. En definitiva, si el principio fundamental del Estado es el mantenimiento de libertades, no queda claro por qué, para JAKOBS, un instituto que obvia totalmente el ejercicio de libertad previa podría ser absolutamente equivalente a la expresión máxima de libertad, característica de los delitos de organización<sup>921</sup>.

Ciertamente ROBLES PLANAS no rechaza la idea de la relevancia de las instituciones en Derecho penal, ni se opone a la totalidad de los planteamientos de JAKOBS al respecto. Ahora bien, aquel autor sí llama la atención sobre el hecho de que la atribución de responsabilidad penal no puede prescindir de los criterios de imputación objetiva del resultado<sup>922</sup>. La diferencia esencial entre los planteamientos de ROBLES PLANAS y JAKOBS, entonces, reside en que el primero entiende que las dos clases de deberes –positivos y negativos– expresan en realidad dos categorías de diversa intensidad: aunque las dos estén vinculadas a un mismo mundo de bienes y derechos y ambas pretendan su realización, los deberes negativos acarrearán una imputación directa del daño, mientras que los deberes positivos solo permitirían una imposición indirecta o débil, distinta de lo que se conoce por imputación objetiva del resultado<sup>923</sup>. En sus palabras: “la infracción de deberes positivos es un título *cualitativamente* distinto a la infracción de deberes negativos por el que responder de la lesión de bienes

---

injerencia en los espacios de libertad de los ciudadanos que demanda una fundamentación más intensa que los deberes negativos.

<sup>920</sup> Cfr. ROBLES PLANAS, *InDret*, (4), 2013, p. 9 s. Vid., además, COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho Penal: concepto y fundamentos de solución*, 2015, p. 247, nota 307.

<sup>921</sup> Al respecto, DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia en Derecho penal*, 2006, p. 468 ss., comenta que la responsabilidad que JAKOBS fundamenta en la institución (la posición de funcionario, la relación entre padres e hijos y el matrimonio) en realidad puede fundamentarse mejor si se atiende a que tanto el funcionario como el cónyuge o los padres se hallan en una posición de gestión exclusiva de bienes y derechos de terceros (del Estado, del hijo, del cónyuge).

<sup>922</sup> Cfr. ROBLES PLANAS, *InDret*, (4), 2013, p. 10.

<sup>923</sup> Vid. ROBLES PLANAS, *InDret*, (4), 2013, p. 6.

jurídicos”<sup>924</sup>. En suma, la existencia de una institución positiva no necesariamente permite la imputación del resultado de lesión<sup>925</sup>.

Las ponderaciones de este autor no podrían ser más acertadas, sobre todo si se tienen en cuenta las posibilidades de aplicación distorsionada que presenta la idea de responsabilidad institucional en ámbitos intensamente normativizados o en virtud de otras funciones del Estado. Más específicamente, interesa subrayar que el reconocimiento de las instituciones con efectos sobre el Derecho penal es un campo abierto a las valoraciones sociales, pero también a las de la doctrina y la jurisprudencia. Y la estructura del planteamiento de JAKOBS abre la puerta a que se considere, por ejemplo, que la Administración Tributaria, el sistema financiero o el sistema electoral<sup>926</sup> son instituciones básicas aptas para justificar la imposición de deberes positivos institucionales, con las consecuencias que se acaban de describir. En efecto, frente a una decisión de estas características, el Derecho penal tendría pocas herramientas para oponerse. En definitiva, a mi modo de ver, el juicio ‘vínculo institucional – ergo – imputación del resultado’ puede conllevar un automatismo preocupante en manos de una jurisprudencia menos prudente<sup>927</sup>, especialmente en vista del protagonismo que puede llegar a tener el sistema financiero en la sociedad actual, como el delito de BdeC bien demuestra.

De ahí que deba preferirse el planteamiento de ROBLES PLANAS en el sentido de que “la protección mediata a la que los deberes positivos sirven debe preverse expresamente”<sup>928</sup>. Ello se justifica porque, como sostiene este autor, los deberes positivos “contienen un programa de diversa intensidad” y representan formas

---

<sup>924</sup> ROBLES PLANAS, *InDret*, (4), 2013, p. 6.

<sup>925</sup> Cfr. ROBLES PLANAS, *InDret*, (4), 2013, p. 16.

<sup>926</sup> En efecto, ya se encuentran planteamientos en la doctrina en ese sentido; vid. SESSANO GOENAGA, «Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional», *RECPC*, (03 - 8), 2006, p. 18.

<sup>927</sup> Refiriéndose a una tendencia a ampliar el ámbito de aplicación de los delitos de infracción de deber sin la debida fundamentación, ROBLES PLANAS (*Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales*, 2007, p. 34) expresa preocupaciones similares a las aquí referidas: “parece existir una cierta tendencia a que interpretando los tipos de la Parte Especial sobre la base de su naturaleza como ‘delito de infracción de un deber’ se ha efectuado ya una legitimación del castigo de las conductas que infringen tales deberes. En mi opinión, sucede exactamente lo contrario. Aquellos que interpreten un delito como delito de infracción de un deber deben entonces proceder a legitimar de dónde surge tal deber y por qué razón debe castigarse penalmente su infracción”.

<sup>928</sup> Cfr. ROBLES PLANAS, *InDret*, (4), 2013, p. 16.



distintas de protección de los bienes y derechos<sup>929</sup>. En línea con su postura, entonces, ha de considerarse que la infracción de los deberes negativos permite la imputación directa del daño, mientras que los deberes positivos, en cambio, “solo permitirían una imputación indirecta o débil” y que no corresponde a los criterios de imputación objetiva del resultado<sup>930</sup>. Ello quiere decir que, a no ser que se prevea expresamente el contenido de los deberes positivos en tipos específicos y autónomos, no se puede admitir la imputación del resultado de delitos de la Parte Especial por la infracción de estos deberes positivos.

Los efectos prácticos de esta conclusión son inmediatos en el caso de los deberes de colaboración de los sujetos obligados, pues una vez admitida la necesidad de que los deberes positivos esté descritos en un tipo autónomo, cae por tierra la incriminación a la que actualmente se los somete bajo el art. 301 CP.

De hecho, como se verá a continuación, que los funcionarios públicos sean titulares de deberes positivos institucionales no quiere decir que se les pueda imputar el resultado de los tipos de deberes negativos. O lo que es lo mismo, el que se reconozca la existencia de un deber positivo especial a los funcionarios –o un deber positivo especial cuasi-institucional de los sujetos obligados– no significa que a ellos les corresponda el mismo título de imputación que a los autores que organizan el daño de los tipos previstos en la Parte Especial.

En definitiva, al reconocer los deberes de colaboración como deberes positivos “débiles”, la consecuencia necesaria aquí defendida es que su castigo debiera estar expresamente previsto en la Parte Especial, en una relación de subsidiariedad con el art. 301 CP que, como se ha visto, quedaría limitado a la prohibición de los deberes negativos de organización de las operaciones de blanqueo.

---

<sup>929</sup> Vid. ROBLES PLANAS, *InDret*, (4), 2013, p. 6. También en este sentido, ENGISCH, «Tun und Unterlassen», *FS- Gallas*, 1973, p. 170, sostiene que el mandato de acción es una interferencia más grave en la esfera de libertad individual del ciudadano.

<sup>930</sup> Vid. ROBLES PLANAS, *InDret*, (4), 2013, p. 6.

## V – LÍMITES: LA CERCANÍA CON EL RIESGO. DEBERES DE COLABORACIÓN COMO DEBERES DE GRADO INTERMEDIO

### 1. Introducción

Una vez se ha expuesto el fundamento y la estructura del deber de colaboración y la necesidad de atribuirle un título de imputación distinto a la previsión genérica del art. 301 CP, procede analizar con detalle los marcos penales dentro de la teoría del delito que permiten delimitar el alcance de dicho deber. Hasta el momento se ha afirmado que el blanqueo-colaboración se halla en una etapa anterior de protección de los intereses de la Administración de Justicia cuando se compara con los actos de organización plena del BdeC. También se ha dicho que es inadecuada la imputación del resultado por la infracción del deber positivo especial del sujeto obligado en la posición de cuasi-funcionario, requiriendo su castigo un tipo penal autónomo y mejor delimitado. Pero con ello no se ha apuntado nada aún acerca de cómo se pueden limitar las posibilidades de castigo a los particulares por la infracción de los deberes positivos especiales de colaboración descritos en las páginas anteriores.

Así las cosas, conviene empezar planteando la cuestión decisiva: ¿puede el Estado decidir libremente imponer deberes de colaboración a los particulares bajo amenaza de pena, de forma semejante a lo que hemos visto en el BdeC? Y, si la respuesta es negativa, ¿cuáles son los criterios normativos que podrían informar los límites a esa técnica preventiva? Ya se ha ido afirmando a lo largo de esta investigación que las teorías que se apoyan en la gradación del ejercicio de libertad han dado con el *topos* apropiado para delimitar los deberes de colaboración. El presente capítulo, entonces, recupera esta idea, así como los planteamientos sobre el uso de la dogmática como límite al Derecho penal<sup>931</sup>, para tratar de delinear los contornos normativos a la imposición de los deberes de colaboración. Los referentes dogmáticos para llevar a cabo esta tarea se hallan en las tesis que plantean la tripartición de las clases de responsabilidad penal frente al resultado, a saber, en la razón de competencia preferente frente al delito y las omisiones puras de garante. Dejando de lado las particularidades de cada una,

---

<sup>931</sup> Paradigmáticamente, ROBLES PLANAS, «Dogmática de los límites al Derecho penal», en ROBLES PLANAS (eds.), *Límites al Derecho penal*, 2012.

obsérvese que, en realidad, estas tesis comparten un elemento esencial, cual es el de una cercanía entre el sujeto y el riesgo que no va acompañada de una relación de dominio suficiente para la imputación del resultado. Vistas así las cosas, de la mano de estas teorías se plantea aquí que (i) una relación de cercanía con el riesgo seguida de (ii) la competencia preferente sobre el resultado y una organización débil del mismo constituyen componentes que para delimitar las posibilidades de que el Estado imponga estos deberes de colaboración.

En efecto, la clase de responsabilidad penal intermedia pretende dar cabida a aquellos supuestos que se quedan “a medio camino”, por ejemplo, entre la responsabilidad por organización plena del resultado y el deber positivo general de solidaridad<sup>932</sup>. Esta posición intermedia se adapta perfectamente, según creo, a la ubicación sistemática de los sujetos obligados, teniendo en cuenta que estos se hallan en el interregno entre la posición de representantes del Estado para labores de investigación y la condición de ciudadano “común”, que está fuera de las actividades que dan pie a la circulación de capital con origen ilícito.

En suma, como subraya SILVA SÁNCHEZ, en el seno del Derecho penal contemporáneo se pone en evidencia una “realidad susceptible de una valoración gradual, que conforma un plano inclinado de gravedad ascendente o descendente, sin censuras radicales”<sup>933</sup>, muy distinta a la del Derecho penal del siglo XIX y su característica de ser un sistema binario, de atribución de castigo/no castigo. Esta afirmación sigue siendo acertada en lo que se refiere a la clasificación de los deberes penales y es la idea rectora que subyace a los esfuerzos de esta investigación por delimitar los distintos núcleos de injusto del BdeC.

Ciertamente, el contenido del art. 301 CP otorga un amplio margen de discrecionalidad al juez en el momento de determinar la pena que será impuesta a los sujetos obligados. Pero el problema estructural que aquí se identifica no se

---

<sup>932</sup> Este es el caso de los supuestos de deberes de solidaridad intensificados, de la responsabilidad por injerencia o de algunos supuestos de deberes especiales de no funcionarios, como la doctrina española ha tratado de poner de relieve hace ya algunas décadas a través de los planteamientos respecto de la tripartición de los fundamentos del delito. Por todos, vid. SILVA SÁNCHEZ, «Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión: las estructuras de los arts. 195.3 y 196 del Código Penal», *Manuales de formación continuada. Ejemplar dedicado a: Problemas específicos de la aplicación del Código penal*, (4), 1999. También vid. LASCURAIN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión*, 2002, p. 103; DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia en Derecho penal*, 2006, p. 803.

<sup>933</sup> Así, SILVA SÁNCHEZ, «Dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito», *Sistema integral del Derecho penal*, 2004, pp. 17 s.

limita, únicamente, al de la adecuación o no de las sanciones impuestas como consecuencia del blanqueo<sup>934</sup>, pues como subraya de forma acertada ROBLES PLANAS, la selección y justificación de los injustos punibles por parte del Estado debe concretarse, inexorablemente, en el ámbito previo al de la sanción. Concretamente, el legislador debe ser capaz de identificar lo que “ya es en sí un injusto”, para, después –y, vale la pena reiterarlo, *solo* después– decidir sobre su sanción<sup>935</sup>. Pese a todo ello, el caso que ocupa nuestra atención da cuenta de una realidad normativa completamente opuesta al *deber ser* postulado por ROBLES PLANAS: a día de hoy, los sujetos obligados son castigados por un injusto que no está claramente definido en el tipo penal de BdeC, siendo que la gradación de su responsabilidad tiene lugar en el plano de la determinación de la pena.

## 2. *Deber de colaboración como variante de la omisión pura de garante*

La teoría del delito define la responsabilidad penal mayoritariamente a partir de dos fundamentos, cada uno en un polo, en lo que respecta al grado de responsabilidad por el resultado. De un lado, el grado superior lo ocupa la responsabilidad por organización y su equivalente responsabilidad institucional (para quienes la admiten); de otro, el grado inferior corresponde a los deberes penales de solidaridad mínima, como punto de referencia para el castigo de la infracción de deberes positivos generales<sup>936</sup>. No obstante, la doctrina española ya ha identificado la existencia de una clase de responsabilidad penal intermedia<sup>937</sup>,

---

<sup>934</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, «Rationale Strafzumessung durch Straftatdogmatik», en HERZOG/NEUMANN (eds.), *FS-Hassemer*, 2010, p. 631.

<sup>935</sup> Vid. ROBLES PLANAS, en ROBLES PLANAS (eds.), *Límites al Derecho penal*, 2012, p. 22. En este mismo sentido, HASSEMER, *Strafrecht. Sein Selbstverständnis, seine Welt*, 2008, p. 5 ss. El profesor alemán sostiene que a toda criminalización debe preceder un reconocimiento social de la necesidad de sanción y del reproche social vinculado con la conducta que será considerada antijurídica. En este sentido, hoy en día parece plausible reconocer una tolerancia social bastante más limitada frente a la criminalidad económica, en particular frente a aquella cometida por las instituciones financieras.

<sup>936</sup> Cfr. PAWLIK, «Unterlassene Hilfeleistung: Zuständigkeitsbegründung und systematische Struktur», *GA*, (142 - 8), 1995, p. 364.

<sup>937</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, «Zur Dreiteilung der Unterlassungsdelikte», *FS-Roxin*, 2001, p. 649; SILVA SÁNCHEZ, «Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión: las estructuras de los arts. 195.3 y 196 del Código Penal», *Manuales de formación continuada. Ejemplar dedicado a: Problemas específicos de la aplicación del Código penal*, (4), 1999. De acuerdo con la idea de gradación de las infracciones en comisión por omisión, bajo otros argumentos, vid. SEELMANN, «Unterlassene Hilfeleistung», *JuS*, (35 - 4), 1995, p. 281.

más grave que la infracción del deber positivo general de solidaridad, pero menos grave que la infracción dolosa de un deber negativo<sup>938</sup>.

Como se evidencia a partir del análisis de los planteamientos de SILVA SÁNCHEZ, desde un punto de vista estructural la “solución bipartita”<sup>939</sup>, consistente en diferenciar entre deberes de garante (infracción de deberes negativos) y deberes de solidaridad mínima (deberes positivos), resulta insuficiente para responder adecuadamente a los distintos grados de ejercicio de libertad y autonomía individual. Estos deberes caracterizan, por un lado, a la comisión por omisión (como infracción del deber negativo de garante) y, por otro, a la simple omisión de socorro (entendida como ejercicio del deber de solidaridad)<sup>940</sup>. No menos interesante resulta el hecho de constatar que la misma inquietud que ha motivado a este autor a abordar la problemática relativa a la correcta delimitación del grado de responsabilidad de los garantes en los delitos en comisión por omisión (a saber, el criterio de proporcionalidad del injusto y de equivalencia estructural entre las conductas) fundamenta también el interés de esta investigación por delimitar, de forma lógica, los criterios de la responsabilidad de los sujetos obligados en el contexto de la prevención del BdeC como consecuencia del incumplimiento –o cumplimiento defectuoso– de sus deberes de prevención cuasi-policiales.

## 2.1. Equivalencia cuasi-estructural

Según el planteamiento de SILVA SÁNCHEZ, ampliamente conocido, las denominadas *omisiones de gravedad intermedia*<sup>941</sup> u *omisiones puras de garante* se caracterizan por la existencia de un deber de garante –por asunción, por injerencia, por la existencia de deberes cualificados<sup>942</sup>– cuya omisión no es

---

<sup>938</sup> Es el caso, por ejemplo, de la omisión dolosa tras injerencia imprudente del art. 195.3CP.

<sup>939</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2006, p. 399.

<sup>940</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2006, p. 432.

<sup>941</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, «Artículo 11», en COBO DEL ROSAL (eds.), *Comentarios al Código Penal*, 1999, p. 467.

<sup>942</sup> Las omisiones puras de garante pueden encontrar su fundamento en un deber de solidaridad intensificada o en un vínculo institucional, pero, sea como fuere, estipulan distintos niveles de responsabilidad y solidaridad a los abarcados en la comisión por omisión y en la omisión pura. Al respecto de las omisiones ocurridas tras situaciones de injerencia punible, SILVA SÁNCHEZ sostiene que no se configura la asunción voluntaria de una posición de garante, ni la omisión puede ser considerada tan grave como la acción dolosa dirigida a provocar una lesión. Por ello, los supuestos de lesión ocurridos tras la omisión de socorro –por ejemplo, tras un accidente de tráfico– deberían ser tratados como una omisión de socorro agravada (como, de hecho, se prevé actualmente en el art. 195.3 CP). De este modo, solamente las injerencias dolosas seguidas de omisiones de socorro dolosas serán equivalentes al delito

estructural ni materialmente idéntica a una comisión activa<sup>943</sup>. Por lo tanto, no permiten la imputación del resultado del tipo previsto en la Parte Especial, pero son asimismo más graves que la mera omisión de socorro. Consecuentemente, teniendo en cuenta que las omisiones puras de garante no se subsumen en el tipo de la Parte Especial, deben ser definidas de modo expreso, a saber, en tipos penales de gravedad intermedia, como acoge por ejemplo el art. 195.3 CP al definir la omisión de socorro tras accidente fortuito.

En todo caso, antes de proseguir importa hacer una aclaración. En cuanto a las conductas omisivas de los sujetos obligados, ya se ha indicado anteriormente que es perfectamente posible su castigo por BdeC a título de comisión por omisión cuando se cumplan dos requisitos ineludibles: (i) que los sujetos hayan asumido *plena y voluntariamente* una tarea específica de protección y vigilancia de un ámbito de peligro de blanqueo (o lo gestionen de modo exclusivo) y (ii) que su omisión sea estructural y normativamente equivalente<sup>944</sup> al delito activo de BdeC. Sin estos presupuestos no será posible seguir evaluando la ocurrencia de una comisión por omisión. Por lo tanto, cuando aquí se habla de deberes de colaboración, debe quedar claro que no nos estamos refiriendo a los supuestos de

---

activo de homicidio. No obstante, la omisión de socorro de aquel que causa el accidente es más grave que la omisión de cualquier otro individuo: su conducta es el origen de la situación de vulnerabilidad de la víctima, lo que genera un *deber de solidaridad intensificado* por parte de quien ha causado de accidente; cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Apuntes sobre el contexto histórico-dogmático del artículo 11 del Código Penal», *Diario La Ley*, (5 - 313), 1996, p. 11; SILVA SÁNCHEZ, *Manuales de formación continuada*, (4), 1999, p. 160; SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2006, p. 399 ss. Respecto a la omisión pura de garante en virtud de un vínculo institucional se puede indicar el 196 CP, que castiga más gravemente las omisiones de socorro del personal sanitario que rehúsa ofrecer cierta atención médica. Esta conducta omisiva no es equiparable con un delito de lesiones en comisión por omisión, “porque el círculo de las situaciones en las que un sujeto ‘obligado’ a prestar una asistencia sanitaria (por ley o contrato) la omite de modo penalmente relevante es más amplio que el de las situaciones en que se configura una estructura omisiva normativamente idéntica a la de la comisión activa (*equivalente según el sentido del texto de la ley*)” (SILVA SÁNCHEZ, *Manuales de formación continuada*, (4), 1999, p. 168, cursivas en el original). Vid. asimismo, MOLINA FERNÁNDEZ, «Omisión de socorro y omisión de asistencia sanitaria», en BAJO FERNÁNDEZ (eds.), *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, v. II, 1998, p. 141.

<sup>943</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, *Manuales de formación continuada. Ejemplar dedicado a: Problemas específicos de la aplicación del Código penal*, (4), 1999, p. 155.

<sup>944</sup> Como subraya SILVA SÁNCHEZ, la relación de equivalencia entre la acción y la omisión requiere algo más que la posición de garante: requiere la misma relación de sentido y dominio sobre el resultado que poseería el interviniente por vía de la conducta activa; cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2006, p. 466; SILVA SÁNCHEZ, «Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros», *ADPCP*, (XL - II), 1987; SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, (XLI - II), 1988; SILVA SÁNCHEZ, en VV. AA. (eds.), *Política criminal y reforma penal: homenaje a la memoria del prof. Dr. D. Juan del Rosal*, 1993; SILVA SÁNCHEZ, «La regulación de la “comisión por omisión” en el nuevo Código Penal Español», *Revista Peruana de Ciencias Penales*, (7/8), 1996; SILVA SÁNCHEZ, *Manuales de formación continuada. Ejemplar dedicado a: Problemas específicos de la aplicación del Código penal*, (4), 1999; SILVA SÁNCHEZ, *FS-Roxin*, 2001, p. 641-650.

comisión por omisión plenamente equivalentes a las omisiones compatibles con el blanqueo-organización, sino a las otras conductas de menor grado de organización que, pese a ello, afectan al interés de la Administración de Justicia en descubrir el capital ilícito. Según entiendo, se puede acoger la estructura de la omisión pura de garante más allá del ámbito de las omisiones y extender su capacidad analítica como criterio de atribución de responsabilidad a otros ámbitos en los cuales existe una conexión con el origen del peligro sin que haya una manifestación plena de asunción de la tarea de protección y, principalmente, sin que concurra el dominio pleno del riesgo.

En coherencia con los criterios de la competencia por organización, la comisión por omisión –es decir, una omisión que permite la imputación del resultado– solo se configura sobre una base funcional específica<sup>945</sup>: que la omisión presente una identidad estructural con la comisión, y que la posición de garante resulte de la libertad plena de organización (asunción libre del deber de protección, gestión exclusiva de la fuente del peligro)<sup>946</sup>. De este modo, desde el punto de vista estructural, no es posible la imputación del tipo de deber negativo de la Parte Especial en el caso de las omisiones que no posean esta relación de equivalencia y también en los supuestos en los cuales la posición de garante no quede plenamente configurada.

A la vista de estos requisitos, falta el sustrato necesario para un deber pleno de garante cuando no existe una manifestación plena de la libertad de organización, pues fuera de esta condición solo habría posiciones de garante de menor intensidad. Estas podrán derivarse de la existencia de una posición institucional<sup>947</sup>, de la injerencia o, incluso, de la existencia de un deber extrapenal de carácter altamente personal<sup>948</sup>. Ambos conceptos, la equivalencia con la acción y la asunción del deber de garante, nos retrotraen a la idea de organización

---

<sup>945</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2006, p. 436.

<sup>946</sup> Según sostiene este autor, la “identidad estructural de la que la *posición de garante del sujeto omitente es elemento necesario pero no suficiente*” (SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, p. 429 –cursivas añadidas–).

<sup>947</sup> SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, p. 389; SILVA SÁNCHEZ, «La regulación de la comisión por omisión en el nuevo Código Penal español», *RPCP*, (7-8), 1996, p. 601. Más recientemente, este autor ha vuelto a reforzar los vínculos de la omisión pura de garante con algunas posiciones institucionales, SILVA SÁNCHEZ, «Zur Dreiteilung der Unterlassungsdelikte», *FS-Roxin*, p. 645, 650. Cfr. además COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho Penal: concepto y fundamentos de solución*, 2015, p. 159.

<sup>948</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Manuales de formación continuada*, (4), 1999, pp. 155, 160; SILVA SÁNCHEZ, «Apuntes sobre el contexto histórico-dogmático del artículo 11 del Código Penal», *Diario La Ley*, (5 - 22139), 2001, p. 11.

plena, de dominio pleno del riesgo<sup>949</sup>. Fuera de estas circunstancias, ocurre lo que BALDÓ LAVILLA<sup>950</sup> caracterizó como una relación de equivalencia *cuasi-estructural* con el delito activo.

En este punto, parece plausible proponer que la incriminación de los deberes de colaboración en el BdeC se vea limitada por dicha relación de *equivalencia cuasi-estructural* con su delito base, el blanqueo-organización. En otras palabras, se podría echar mano de los criterios de responsabilidad por la omisión pura de garante para que nos sirvan de referencia a la hora de delimitar la creación de los tipos llamados a cobijar a los deberes positivos especiales de colaboración. Si se sigue esta opción, estos criterios serían: (i) la falta de dominio sobre el resultado, (ii) la cercanía con el peligro, (iii) la existencia de un deber penal altamente personal (relación de cuasi-funcionario) y (iv) la injerencia sobre el estado de cosas que sienta las condiciones aprovechadas por terceros para delinquir organizando el blanqueo.

En otras palabras, la idea de recurrir a la omisión pura de garante como límite al deber de colaboración se concreta al trasladarse los elementos de aquella como criterios para la creación de un tipo especial. Esos elementos serían, por un lado, el requisito de la concurrencia de una posición de responsabilidad especial frente a las transacciones de blanqueo, consagrada en el ámbito de riesgo que manejan los sujetos obligados, y, por otro lado, que la infracción de sus deberes especiales produzca efectos sobre el resultado que no sean equivalentes a la organización plena (y dolosa) del resultado.

Este es el caso, por ejemplo, de las posiciones meramente formales de garantía que vinculan la infracción del reglamento administrativo con el incumplimiento del deber de garante. En efecto, a mi juicio, gran parte de los supuestos de omisión de los sujetos obligados que un sector de la doctrina suele definir como

---

<sup>949</sup> SILVA SÁNCHEZ, *La Ley*, (1), 1987, p. 960. En las palabras de este autor: “Razones de necesidad estructural y material de equivalencia determinan que personalmente me incline por la tesis de SCHÜNEMANN. De acuerdo con ella, entiendo que el compromiso genérico e indiferenciado en que consiste la asunción del servicio de guardia no es fundamento suficiente de una identidad estructural con la comisión. No basta, pues, para que las omisiones del médico de guardia sean equivalentes a realizaciones activas del tipo. Tal compromiso, en efecto, no se produce en términos de conformar una barrera de contención del riesgo específico que amenaza al concreto bien jurídico”.

<sup>950</sup> BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 57.



comisión por omisión<sup>951</sup> quedarían abarcados por la categoría de omisión pura de garante. Este razonamiento también se aplicaría a deberes de los *compliance officers* cuando, habiendo asumido formalmente un puesto de trabajo con la finalidad de prevenir el BdeC, incumplen deberes administrativos que facilitan el blanqueo de terceros, pero que **no** encajan con una participación en el delito ajeno. Sea porque les falta el desvío o la adaptación de su conducta a la organización del blanqueo de terceros (no son partícipes) o porque la infracción de sus deberes administrativos de colaboración no es equivalente al blanqueo-organización. Con respecto de este último, creo haber argumentado lo suficiente que ciertas conductas de blanqueo imprudente no se corresponden con la infracción del deber negativo de no blanquear, sino con la infracción del deber positivo especial de colaborar.

Más específicamente, se podría considerar que corresponden a la idea de omisión pura de garante los actos del blanqueo-colaboración que no conllevan un dominio sobre el núcleo de las operaciones de disimulación características del BdeC. Piénsese, por ejemplo, en los supuestos de omisión de informaciones que “oculten el origen, ubicación, destino, movimientos o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos” (art. 301.2 CP) y en las conductas de aislamiento (adquirir, poseer, transmitir, art. 301.1 CP) que, en esencia, no abarcan la organización de los procesos de disimulación del origen ilícito del capital.

La construcción de una estructura dogmática de este tipo manifiesta que la posición jurídica de los sujetos obligados cumple con los elementos esenciales de la omisión pura de garante: ostentan un rol social de especial responsabilidad generado por el riesgo especial que manejan sobre las transacciones de blanqueo y por haber recibido la delegación del ejercicio de unas tareas que parecen cuasi-policiales. Adicionalmente a lo anterior, al igual que en el caso de las omisiones puras de garante, en la clase de omisiones llevadas a cabo en el contexto del cumplimiento de deberes de colaboración (omisión de informaciones, no adopción de medidas suficientes para identificar una transacción sospechosa de blanqueo, entre otras) no existe un elemento de organización que permita

---

<sup>951</sup> Sostienen una posición plena de garante en virtud del vínculo formal con la ley administrativa, por ejemplo, DEL CARPIO DELGADO, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, 1997, p. 212; NEUHEUSER, «§261», *MK-StGB*, 2012, nm. 93. Con detalles al respecto, vid. CARLOS DE OLIVEIRA, «Los deberes de garante en el blanqueo de capitales: derecho penal, civil, administrativo y el regreso de las tesis formalistas», en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (eds.), *Comprender el Derecho penal*, 2019.

fundamentar la identidad estructural entre acción y omisión. Se trata, entonces, de omisiones que no cumplen los requisitos estructurales exigidos para ser castigadas de forma equivalente al tipo activo de BdeC. Finalmente, tal y como se aprecia en los deberes de gravedad intermedia, en los deberes de colaboración de los sujetos obligados también se evidencia un vínculo más débil con el resultado, pues las conductas precedentes de dichos sujetos solo se encuentran *indirectamente* conectadas con la organización del delito de blanqueo de terceros<sup>952</sup>.

Dicho con otras palabras, el sujeto obligado actúa en un sector de elevado riesgo de circulación de capital ilícito y, en el desarrollo de su actividad profesional, proporciona un estado de cosas que potencialmente permite al blanqueador llevar a cabo sus propósitos. Y cuando incumple los deberes de prevención primarios y secundarios, o realiza los actos de aislamiento del autor del delito precedente, se acerca notoriamente al riesgo, pero sin llegar a realizar una conducta equivalente a la disimulación del origen ilícito.

Antes de proseguir, importa incidir de nuevo en que la propuesta que se viene sugiriendo tiene como objetivo aportar una alternativa concreta a los intentos de la doctrina española de limitar el alcance del actual art. 301 CP. Es prácticamente unánime en la literatura nacional la apelación a una interpretación restrictiva del tipo, que esté centrada en las operaciones de mayor monto o complejidad, dolosas<sup>953</sup>, y que descriminalice los actos de aislamiento (adquisición, posesión o uso)<sup>954</sup>. Según entiendo, cuando la doctrina sostiene esa necesidad de restricción, realmente lo que está haciendo es subrayar que las conductas de colaboración son

---

<sup>952</sup> Como se observa, el razonamiento expuesto hasta aquí coincide integralmente con los planteamientos de SILVA SÁNCHEZ acerca de la ubicación de las omisiones puras de garante. Este autor afirma, con razón, que definir una posición jurídica de garante que no sea una tautología o meramente ejemplificativa exige una “delimitación suficiente en el amplio espectro de posiciones sociales de responsabilidad”, de tal modo que es difícil definir, con seguridad, donde se dividen estrictamente las omisiones penales de garantes y no garantes. Sin embargo, el hecho de identificar las conductas con creciente grado de responsabilidad, con el fin de delimitar correctamente el grado de restricción de sus libertades por la imposición de deberes positivos parece un intento, en principio, adecuado; cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2006, p. 419.

<sup>953</sup> Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, *Revista General de Derecho Penal*, (16), 2011; ABEL SOUTO, «La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio», *La Ley Penal*, (79), 2011.

<sup>954</sup> Por todos, DEL CARPIO DELGADO, «Sobre la necesaria interpretación y aplicación restrictiva del delito de blanqueo de capitales», *InDret*, (4), 2016. Asimismo, vid. MARTÍN PARDO, «Una propuesta de delimitación del concepto de blanqueo de capitales en sentido estricto», en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (eds.), *VI Congreso Internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, 2019.

accesorias al blanqueo propio –el blanqueo-organización– y que, o bien deben ser excluidas del núcleo de injusto del art. 301 CP, o bien merecen un tratamiento penal distinto y menos severo.

En síntesis, la posición especial de responsabilidad de los sujetos obligados permitiría concluir que sus acciones u omisiones que no acarreen a una organización plena del blanqueo se encuadrarían adecuadamente bajo un tipo penal específico de omisión pura de garante, pendiente de definición legal. Al respecto, comentando en líneas generales sobre la responsabilidad de los sujetos obligados lo que aquí se defiende para el caso concreto del blanqueo, MARTÍNEZ-BUJÁN sostiene que

“la delimitación del círculo de sujeto activos debería desempeñar una importante misión a la hora de crear delitos de omisión pura de garante, que es una de las vías que se propone por parte de la doctrina especializada de cara a perfeccionar el instrumento punitivo con el que hacer frente al fenómeno de la delincuencia socioeconómica”<sup>955</sup>.

Este autor defiende, concretamente, la conveniencia de crear delitos referidos a la infracción de deberes específicos, definidos atendiendo a la especial posición ocupada por ciertos sujetos dentro de la empresa o a la existencia de deberes de información especiales (frente a los consumidores, a los inversores, etc.)<sup>956</sup>.

## 2.2. Deber de colaboración como equivalente al deber de salvamento tras injerencia: gestión de un riesgo especial

Como se acaba de indicar, uno de los criterios que se halla en el contexto de las omisiones puras de garante es el de la cercanía del autor con el contexto de riesgo. La actividad financiera, profesional o empresarial llevada a cabo por los sujetos obligados facilita los medios para la práctica de BdeC por los blanqueadores organizadores<sup>957</sup>. De ahí que se pueda afirmar que la gestión de actividades profesionales o empresariales que corresponden a la lista de sujetos

---

<sup>955</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 2011, p. 317.

<sup>956</sup> Nuevamente, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 2011, p. 317.

<sup>957</sup> Sobre las actividades de los sujetos obligados como ámbitos de peligro intensificado de BdeC, vid. NORMAN, «The jeopardy of the bank in enforcement of normative anti-money laundering and countering financing of terrorism regimes», *Journal of Money Laundering Control*, (18 - 3), 2015, p. 361 ss.; FISCHER, *Die Strafbarkeit von Mitarbeitern der Kreditinstitute wegen Geldwäsche*, 2011, p. 125.

obligados (art. 2 L.O. 10/2010) apuntan a la decisión legislativa en relación con la gestión de un riesgo intensificado para las operaciones de blanqueo<sup>958</sup>.

Llegados a este punto, no resulta difícil observar que la falta de adopción de medidas de prevención y la omisión de proporcionar informaciones de los sujetos obligados, es decir, los *fallos en la gestión del riesgo especial*, guardan un parecido innegable con un comportamiento precedente favorecedor de un resultado y, de ese modo, se aproximan bastante al ámbito de influencia de la doctrina de la injerencia. Más específicamente, estos fallos en la gestión ámbitos más expuestos al BdeC son situaciones parecidas a los deberes de salvación tras accidente causado por una acción imprudente<sup>959</sup>.

En efecto, la atribución de responsabilidad penal por injerencia es consecuencia del reconocimiento de una infracción del deber general de gestionar correctamente un ámbito de peligro<sup>960</sup>, de modo que no logre evitarse de forma efectiva la generación de *outputs* negativos<sup>961</sup>. Antes de entrar a discutir la cercanía de los deberes de colaboración con las consecuencias jurídico-penales de la injerencia, con todo, conviene recordar cuál es el marco característico en el que la doctrina española debate al respecto. Como se ha adelantado, en España prevalece una interpretación restrictiva<sup>962</sup> de la responsabilidad por injerencia<sup>963</sup>,

---

<sup>958</sup> Como ya se ha afirmado en otra ocasión en este trabajo, no puede olvidarse que la asignación del rol de sujetos obligados no equivale a la creación de un listado legal de garantes frente al blanqueo de capitales, pero sí se trata de un indicio acerca de la cercanía de los comportamientos ordinarios de los sujetos obligados con la generación del riesgo de blanqueo. Además, la designación como sujetos *obligados* deja claro que estos sujetos tienen un dominio privilegiado sobre actividades que incrementan el peligro de blanqueo, generando un mayor interés por parte de la Administración de Justicia, encargada de perseguir este fenómeno criminal y de decomisar los bienes ilícitos. Vid., sobre el particular, BERGSTRÖM *et al.*, «A new role for for-profit actors? The case of anti-money laundering and risk management», *Journal of Common Market Studies*, (49 - 5), 2011, p. 1052.

<sup>959</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Omisión de socorro tras accidente fortuito. La imputación de sucesos lesivos a conductas lícitas», *ADPCP*, (LV), 2002, p. 237; JAKOBS, «Teoría y praxis de la injerencia», *ADPCP*, (LII), 1999, p. 44.

<sup>960</sup> Como se sabe, la responsabilidad por injerencia es una consecuencia de la libertad de organización y de la gestión exclusiva de una fuente de peligro o, lo que es lo mismo, de la desestabilización de dicha fuente por una conducta precedente. Según sintetiza DOPICO GÓMEZ-ALLER, la conducta injerente consiste en usurpar la esfera de protección de la víctima o de una fuente de peligro, generando en el autor la responsabilidad por su desamparo. Cfr. JAKOBS, *ADPCP*, (LII), 1999; DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia en Derecho penal*, 2006, p. 803.

<sup>961</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Comisión por omisión», *Memento practico Lefebvre. Derecho penal económico y de la empresa*, 2011, p. 55.

<sup>962</sup> No se volcará aquí la discusión de la doctrina respecto de los excesos que pueden derivarse de una interpretación demasiado amplia de la responsabilidad por injerencia –y que ha sido que ha sido parcialmente contrarrestada en la doctrina española a través de los planteamientos de SILVA SÁNCHEZ acerca de las omisiones de gravedad intermedia–. En Alemania, con excepción de pocos autores (cfr.

que distingue los supuestos de deberes de aseguramiento y de salvación, con consecuencias penales marcadamente distintas sobre la posibilidad o no de imputación del resultado en comisión por omisión. Sin que sea este el lugar para ahondar en esta cuestión, se acogen aquí las conclusiones del principal monografista español en la materia para presentar esta discusión.

Como explica DOPICO GÓMEZ-ALLER, la injerencia se estructura alrededor del deber de controlar los riesgos que provengan de la propia esfera de organización, pero no todas las omisiones posteriores a una injerencia dan lugar a la comisión por omisión. En este sentido, este autor plantea la necesidad de distinguir cuatro clases de injerencia, como aquellas que consisten en: (i) el *omiso aseguramiento* de los focos de peligro de la *propia esfera*; (ii) el *omiso aseguramiento* de los focos de peligro de una *esfera ajena* previamente usurpada, (iii) el *omiso aseguramiento* de los *focos de peligro* previamente usurpados, así como (iv) el *omiso salvamento* tras la desestabilización de focos de peligro<sup>964</sup>.

Los omisos aseguramientos se caracterizan por actos de gestión de la propia esfera de organización y constituyen verdaderos casos de responsabilidad penal por acción o en comisión por omisión. En cambio, la omisión de salvamento refleja casos de omisiones puras de garante, fundamentadas en el incumplimiento de deberes de solidaridad cualificada, tendentes a garantizar la evitación del resultado.

De ese modo, el eje central de la discusión acerca de la injerencia está en definir los criterios de imputación por un daño cuando *no* ha mediado la infracción de una norma de aseguramiento.<sup>965</sup> Como bien comenta el autor, una nota diferencial que permite aclarar la distinción es que en el devenir de los

---

SEELMANN, § 13, *NK-StGB*, 1995, nm. 8; FREUND, *MK-StGB*, 3ª ed., 2007, nm. 15) se puede identificar una posición mayoritaria de acuerdo con la cual la omisión, tanto después de una situación de injerencia como tras la asunción de una responsabilidad institucional, genera una omisión equivalente a la acción (comisión por omisión); vid. JAKOBS, *PG*, 1997, §29, nm. 31 ss.; ROXIN, *AT. Band II*, 2003, §32, nm. 30. Una de las pocas voces dentro de la doctrina alemana que critica enfáticamente la responsabilidad por injerencia es la de SCHÜNEMANN. Este autor excluye, de entrada, la responsabilidad en comisión por omisión tras una situación de injerencia; cfr. SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, p. 313.

<sup>963</sup> Los principales autores que han interpretado de forma restrictiva la responsabilidad por injerencia son SILVA SÁNCHEZ, GIMBERNAT, LUZÓN PENA, LUIS GRACIA MARTIN; vid. al respecto DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia en Derecho penal*, 2006, p. 515 ss.

<sup>964</sup> Cfr. DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia en Derecho penal*, 2006, p. 795 ss.

<sup>965</sup> Cfr. DOPICO GÓMEZ-ALLER, *ADPCP*, (LV), 2002, p. 265.

acontecimientos en la situación de *omiso aseguramiento* el sujeto *sigue gestionando algo*, sea un foco de peligro, sea un medio de autodefensa de un sujeto en peligro<sup>966</sup>. Sin embargo, en los supuestos de omiso salvamento tras injerencia “nadie está gestionando” dichos ámbitos y, por tanto, queda excluida la responsabilidad por comisión omisiva<sup>967</sup>.

Por su parte, la distinción entre los deberes de aseguramiento y los deberes de salvación depende de la relación que exista entre el foco de peligro y el daño. Y así, si cuando se elimina mentalmente el foco de peligro desaparece el daño, entonces se trata de deberes de aseguramiento<sup>968</sup>. Por el contrario, si eliminando mentalmente el foco de peligro el daño no puede ser evitado con seguridad, entonces se trata de deberes de salvación. En este contexto, todas las medidas adoptadas para mantener un foco de peligro bajo control son denominadas medidas de aseguramiento<sup>969</sup>.

Lo que en este punto se quiere resaltar es que la infracción de los deberes de salvación *no* se encuentra en el ámbito de la responsabilidad propia de la comisión por omisión, sino que se identifica con la ocurrencia de una omisión de gravedad intermedia, es decir, de una omisión pura de garante<sup>970</sup>.

Aplicando lo anterior al caso concreto de las medidas de prevención del BdeC, todo programa de cumplimiento correctamente adoptado por parte de los sujetos obligados se entiende cobijado por el marco propio de los deberes de aseguramiento. Estas medidas, que en el caso español se desprenden de la implementación de las previsiones de la L.O. 10/2010, tratan de evitar el peligro originado en la utilización potencial de la actividad financiera, profesional o económica como vehículo para llevar a cabo prácticas de blanqueo. Entonces,

---

<sup>966</sup> Vid. DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia en Derecho penal*, 2006, p. 800.

<sup>967</sup> Vid. DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia en Derecho penal*, 2006, p. 800.

<sup>968</sup> Vid. DOPICO GÓMEZ-ALLER, *ADPCP*, (LV), 2002, p. 257.

<sup>969</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia en Derecho penal*, 2006, p. 771. Para ilustrar la diferencia, este autor se refiere a un ejemplo bastante didáctico: el propietario de un perro tiene el deber de asegurar que su animal no ataque a nadie, independientemente de donde se encuentre. Si el propietario no adopta ninguna medida de prevención y el perro muerde a otra persona, provocándole lesiones, el propietario del perro es responsable de un delito de lesiones en comisión por omisión. Ahora bien, si el propietario adopta las medidas necesarias de seguridad y aun así su perro ataca a otra persona, ya no será posible revertir la situación y se originarán deberes de salvación (como el deber de socorrer inmediatamente a la víctima y llevarla a los servicios de asistencia).

<sup>970</sup> SILVA SÁNCHEZ, «Problemas del tipo de omisión de socorro. Comentario de la STS de 27 de abril de 1987», *ADPCP*, (XLI - II), 1988, p. 573.

que los sujetos obligados sean responsables de las medidas de aseguramiento fundamenta en ellos un deber especial de garante de contener los riesgos especiales de su actividad profesional. De tal modo, deben asegurarse de que los riesgos generados por *sus propios productos financieros* o su actividad profesional no faciliten la realización de transacciones sospechosas de sus clientes. Ello implica, necesariamente, conocer los riesgos que son los propios del negocio o actividad profesional, como por ejemplo el riesgo de operar con países considerados de riesgo o con paraísos fiscales, ofrecer servicios o transacciones en el mercado sin contar con un grado de conocimiento sobre su posible uso por redes criminales (como ocurre actualmente con el intercambio de monedas virtuales, el mundo del arte y de los deportes altamente rentables), o establecer filiales en las cuales no se observen las reglas estándar de prevención del BdeC. En una palabra, controlar los riesgos generados por sus productos o servicios.

Por lo tanto, aunque la falta de aseguramiento de los riesgos del negocio pueda favorecer la práctica de blanqueo, para que se pueda imputar el resultado de blanqueo en comisión por omisión dicha falta debería tener el sentido de permitir la disimulación del origen ilícito. Es decir, el sentido inequívoco de BdeC, con lo cual se excluyen, por ejemplo, las conductas de posesión, uso o transferencia.

En segundo lugar, que el sujeto obligado tenga el deber de asegurar el riesgo de su negocio no puede suponer que este deber se extienda al punto de conocer, investigar y asegurar los riesgos de terceros (sus clientes), y de investigar la procedencia de sus ganancias, sustituyendo al Estado. Por ello, según entiendo, *no* estarían incluidas entre los deberes de aseguramiento del negocio las medidas de prevención referidas a la investigación del curso del capital, es decir, los deberes secundarios de prevención.

Finalmente, y lo que considero más relevante, están los deberes de información a la Administración Pública, que objetivamente se subsumen en la conducta típica de ocultación del origen o naturaleza del bien. En este punto, hay que ponderar hasta cierto punto los métodos de funcionamiento interno de los programas de prevención, muchos de ellos totalmente automatizados. En este contexto, por ejemplo, es posible que solo tras el cruce de informaciones con respecto de las transacciones de un cliente el banco llegue a la conclusión de que las operaciones realizadas podrían haber sido de BdeC. Y esto, a pesar de que se hayan aplicado las medidas administrativas de prevención. En estos supuestos, como se ha dicho, cabría teóricamente la posibilidad de castigar al sujeto obligado por no haber

informado a la Unidad de Inteligencia Financiera. Sin embargo, este castigo será equivocado si se realiza como una forma de organización del blanqueo actualmente definida en el art. 301 CP.

Tómese como ejemplo el caso de una empresa –sujeto obligado– en la cual se presenta un fallo imprudente en el programa de prevención de BdeC o acaece alguna circunstancia improbable, pero normativamente imputable (como un problema en los *softwares* de gestión de información), que provoca una inadecuada implementación de los filtros diseñados para vigilar determinadas transacciones financieras. Este fallo tiene como consecuencia principal que la empresa deje de detectar las transacciones sospechosas menos evidentes y, por tanto, deje de reportarlas a la Unidad de Inteligencia Financiera. Es decir, la imposibilidad de conocer el posible origen ilícito de ciertas transacciones se origina en la aplicación deficiente de los controles en el interior de la empresa. Tal y como se vio en su momento, en este ejemplo se presenta la circunstancia de ceguera sobre los hechos, que permitiría el castigo del blanqueo por imprudencia grave. Este, a su vez, se corresponde con una forma de colaboración con la Administración, y no con la organización del BdeC. En el momento de realizarse la transferencia no existe un conocimiento fáctico del origen ilícito de los fondos por parte del sujeto obligado, aunque pudiera hablarse de la existencia de un conocimiento normativo –deber de conocer–. Sin embargo, algunas semanas o meses después, la empresa advierte lo ocurrencia del fallo en el control, identifica todas aquellas transacciones que habrían sido sospechosas, pero, en todo caso, omite (dolosamente) comunicarlas a la UIF.

En conclusión, cuando se analiza la atribución de responsabilidad penal en el marco de las conductas previas de los sujetos obligados, es preciso entender que aquellas *infracciones dolosas* de las medidas de prevención, que rompen el equilibrio de los riesgos aceptados tradicionalmente en el desarrollo de la actividad comercial (esto es, cuando los riesgos generados son de tal entidad que el negocio puede ser utilizado como instrumento para el blanqueo de capitales de terceros), son equiparables a una omisión de evitación del “accidente” de blanqueo de capitales<sup>971</sup>. Es decir, cuando haya un conocimiento efectivo del riesgo de ocurrencia del blanqueo en el desarrollo de actividades y transacciones

---

<sup>971</sup> Sobre criterios generales para definir la responsabilidad por injerencia tras accidente, vid. GIMBERNAT ORDEIG, «Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de empresa», *ADPCP*, (LIV), 2001, p. 12 ss.



concretas del negocio y, además, se compruebe la existencia de un rechazo consciente (doloso) de la implementación de las medidas de prevención necesarias, no habrá mayores dificultades para atribuir a los sujetos obligados la responsabilidad penal a título de comisión por omisión, siempre y cuando también pueda constatar que se trata de una omisión determinante para facilitar el blanqueo de terceros. En estos casos, efectivamente, se constata una omisión de evitación del accidente y estarán dadas las circunstancias que permiten equiparar la omisión con la acción (si se demuestra que la omisión es determinante para el resultado al mismo nivel de una intervención activa) y aplicar el tipo contenido en el art. 301 CP en comisión por omisión.

Correlativamente, cuando el sujeto obligado adopta imprudentemente medidas de prevención insuficientes –o cuando omite culposamente remitir informaciones importantes– su conducta coincide, en realidad, con una injerencia fortuita o imprudente que da lugar a la aparición de deberes de salvación fundamentados, en todo caso, en el reconocimiento de un deber positivo especial de colaboración con el Estado. No obstante, es preciso aclarar que la imprudencia aquí mencionada se refiere, exclusivamente, a la adopción insuficiente o defectuosa de medidas de prevención que dificulte, efectivamente, el reconocimiento del origen ilícito del bien. Además, el blanqueo de capitales tendrá que ser previsible y evitable en cada caso individualmente considerado. Una vez se haya confirmado el cumplimiento de estas condiciones, la omisión pura del sujeto obligado deberá ser considerada una modalidad de incumplimiento de un deber de salvación o, lo que es más coherente, de un deber de colaboración o de denuncia.

De forma sintética, y en consonancia con lo aquí expuesto, es posible ubicar sistemáticamente el blanqueo imprudente, al igual que los demás deberes de colaboración referidos a este delito, bajo los marcos generales de un deber de denuncia, similar al deber de impedir delitos consagrado por el art. 450 CP<sup>972</sup>.

---

<sup>972</sup> Evidentemente, el art. 450 CP se enfoca en la protección de bienes jurídicos personalísimos y esenciales, como la vida, la integridad sexual y la integridad física. Sin embargo, como sostiene la doctrina especializada, el tipo penal también tiene como referente subsidiario al “interés del Estado en el buen funcionamiento de la justicia”. Por ello, este tipo debe ser, ante todo, un referente para inspirar el deber especial de garante de los sujetos obligados, pues la tesis más compartida identifica a la Administración de Justicia como bien jurídico protegido por la prohibición del blanqueo de capitales; cfr. SOLA RECHE, *La omisión del deber de intervenir para impedir determinados delitos del art. 450 CP*, 1999, p. 24. De hecho, el deber de denuncia de los sujetos obligados, a saber, el deber de informar sobre transacciones sospechosas de blanqueo, forma parte del injusto administrativo previsto en los arts. 52.1.

En definitiva, lo que se propone aquí es que los supuestos de BdeC por imprudencia grave (referidos tanto al conocimiento del origen del bien cuanto a la ocultación imprudente de informaciones con respecto de su naturaleza u origen), así como los supuestos de realización de los actos de aislamiento del blanqueador colaborador sean tratados dogmáticamente como un deber de salvación con respecto de circunstancias que no están íntegramente bajo el control de riesgos del sujeto obligado.

### 3. Competencia preferente de los sujetos obligados

En línea con lo que se acaba de exponer, y como acertadamente ha sintetizado BALDÓ LAVILLA, el hecho de que el sujeto no sea plenamente competente por la causación del resultado “no significa que este sujeto sea completamente ajeno a dicho peligro”<sup>973</sup>, si este se origina en su esfera organizativa.

Según creo, el argumento de los tres niveles de competencia delineado por el autor (competencia plena<sup>974</sup>, preferente<sup>975</sup> y mínima) aborda de forma adecuada

---

h) y 52.1 j) de la L.O. 10/2010, y la reiteración de conductas de esta clase supone la aplicación de las sanciones administrativas más graves contenidas en esta Ley. En el caso de las personas jurídicas, la sanción prevista para la omisión de los deberes de informar sobre transacciones sospechosas (es decir, fallar en el envío de las comunicaciones sistemáticas y en la comunicación de operaciones sospechosas – los llamados Informes de Operación Sospechosa– al Sepblac) se mueve entre una multa mínima de 60 mil euros –en caso de infracciones graves– hasta una multa mínima de 150 mil euros –en caso de infracciones gravísimas–. También entran en consideración las siguientes posibilidades sancionadoras, debiéndose imponer la que tenga el mayor valor: un 10% del volumen total de los negocios actuales del sujeto obligado, el doble del contenido económico de la operación sospechosa de blanqueo o cinco veces el valor del beneficio obtenido con la infracción de los deberes de prevención.

<sup>973</sup> Vid. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 280.

<sup>974</sup> Este autor concreta el desarrollo de estos conceptos en el estudio sobre las tres modalidades de causas de justificación, a saber, la legítima defensa y el estado de necesidad defensivo y agresivo. En los supuestos de legítima defensa, sostiene que la libertad de organización del agresor se convierte en responsabilidad *por* organización. Correlativamente, este último tiene asimismo *competencia plena* para sufrir las consecuencias penales de su injusto, es decir, para soportar la defensa del agredido, como consecuencia del principio de responsabilidad por su propio comportamiento organizador; cfr. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, pp. 263, 273. Estos planteamientos son, en gran medida, compartidos también por PAWLIK, que considera los *deberes de competencia plena* como la expresión máxima de responsabilidad de cada sujeto, correspondiente al ejercicio absoluto de su potestad de organización; cfr. PAWLIK, *Ciudadanía y derecho penal*, 2016, p. 103

<sup>975</sup> Ubicada en un segundo nivel, se identifica como una categoría intermedia de deberes. Se trata de los denominados *deberes de competencia preferente*, cuyo ámbito paradigmático de aplicación es el estado de necesidad defensivo. De forma bastante resumida, puede afirmarse que el estado de necesidad defensivo refleja un grupo de casos en los que un individuo (el necesitado) afecta la esfera de derechos de terceros, sin que esta afectación se corresponda con una injerencia dolosa o siquiera culpable. En estos casos, puesto que no existe una agresión antijurídica dolosa precedente, no habría lugar para una reacción justificada por la legítima defensa; vid. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 23. Como sostiene WILENMANN, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, 2017, p.

los supuestos de intervención y el esquema de funcionamiento usual del delito de BdeC, permitiendo corregir el tratamiento jurídico penal que hasta ahora han recibido los sujetos obligados. De acuerdo con la estructura de esta propuesta teórica, existe competencia plena de los sujetos obligados que efectivamente forman parte del grupo de blanqueadores “organizadores”, que –valga la redundancia– organizan o colaboran proactivamente con el blanqueo de terceros, o de aquellos sujetos cuya omisión tiene el sentido, inequívocamente delictivo, de disimular el origen ilícito del patrimonio<sup>976</sup>. En este sentido resulta entonces irrefutable que a los sujetos obligados que abusan de su libertad organizativa<sup>977</sup> les es otorgada una *competencia plena* frente a las consecuencias jurídico-penales del delito de BdeC. Así, aunque posteriormente pueda graduarse de forma concreta su grado de responsabilidad atendiendo a la clase de aportación que hayan protagonizado –es decir, como coautores o partícipes–, les corresponderá la imputación de todo el abanico de penas previstas en los arts. 301 a 303 CP. En este supuesto, los sujetos obligados no cometen una infracción de un deber propio de los denominados cuasi-funcionarios, sino que hacen un uso pleno de una organización con el único sentido de llevar a cabo una transacción de blanqueo.

Distinto es el caso de los sujetos obligados que no han implementado medidas colaborativas de prevención, o que han omitido remitir informaciones tras haber identificado transacciones consumadas de blanqueo (lo que constituiría una modalidad de participación post delictiva punible, por incidir en la ocultación de la naturaleza delictiva del dinero) favoreciendo, en consecuencia, la práctica de este delito. Lo que en este caso se evidencia es una relación entre la actividad económica del sujeto obligado y el resultado de blanqueo de capitales de terceros que no está determinada por la realización de un acto organizativo con el sentido exclusivo de perfeccionar una transacción de disimulación del origen del capital.

---

449, “el estado de necesidad defensivo es el reconocimiento en materia penal de un concepto puramente distributivo de responsabilidad, bajo el cual se asigna un sentido (debilitado) de afectación de derechos ajenos a puestas en peligro construidas bajo condiciones de imputación más débiles y construidas bajo otra lógica que en el caso de la legítima defensa”.

<sup>976</sup> Así, ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales*, 2007, p. 93; FRISCH, «Complicidad mediante acciones neutrales - reflexiones sobre el fundamento penal (de la configuración del injusto) de la complicidad», en FRISCH (eds.), *Estudios sobre imputación objetiva*, 2012, p. 101. Como acertadamente aclara FRISCH, “conductas que revisten tal referencia de sentido delictivo son aquellas prestaciones favorecedoras por el sujeto externo que no pueden pensarse de otro modo que, como favorecimiento, sólo se dejan explicar (comprender) como tal”.

<sup>977</sup> Vid. BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 76.

Este comportamiento, que en otros contextos y condiciones podría ser calificado como una acción neutral, es considerado por el propio legislador como ilícito y, por tanto, merecedor de sanción. Se trata de una decisión derivada de las exigencias normativas específicas de la prevención del BdeC y del riesgo intrínseco que el ordenamiento jurídico le otorga a ciertas actividades profesionales o económicas.

En el caso que se acaba de presentar, correspondiente al tipo de aislamiento y a las conductas de los blanqueadores colaboradores, se constata que aunque el sujeto obligado no se organice directamente (de modo activo u omisivo) para favorecer el delito de blanqueo de terceros, esta “posición especial” que ostentan frente al delito le convierte en sujeto *preferentemente competentes*<sup>978</sup> para soportar la imposición de deberes de colaboración relativos a la prevención de este delito. Con la adopción de esta solución no se niega la relación especial existente entre el sujeto obligado y el suceso lesivo del blanqueo, pero tampoco se lo castiga por un injusto más grave del que ha cometido. En definitiva, parece injusto y estructuralmente innecesario sancionar a los sujetos obligados por un delito de blanqueo (por omisión o imprudencia) cuando en realidad lo que se reprocha de su conducta es la omisión o rechazo a colaborar con el Estado a través de la implementación de medidas de prevención sistemática del delito, y que no se corresponden con el abuso en el ejercicio de su libertad de organización.

En cualquier caso, conviene tener presente que no puede negarse el estatus especial que poseen los sujetos obligados, como consecuencia del potencial de riesgo –desvío de capitales con fines delictivos– que acompaña a la actividad que llevan a cabo, de los beneficios que obtienen en el ejercicio de esta actividad y, también, como consecuencia de la delegación formal por parte del Estado de deberes de colaboración por vía de normas administrativas. Por todo ello, puede concluirse que el fundamento de la responsabilidad de los sujetos obligados se encuentra en un principio de *cuasi-organización*, es decir, de organización de actividades respecto de las cuales el Estado ha transferido ciertas obligaciones de prevención. Se trata, sin embargo, de actividades que, obviamente, *no se*

---

<sup>978</sup> En otras palabras: hay competencia preferente en los supuestos de auto vinculación del sujeto con la fuente del peligro. PAWLIK, Ciudadanía y Derecho penal, 2016, p. 140; ROBLES PLANAS, Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales, 2007, p. 57; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 23

encuentran diseñadas exclusivamente para el perfeccionamiento de actividades de blanqueo. Lo que sucede es que son actividades que otorgan a los sujetos una preferencia, obligándoles a tolerar y cumplir con ciertas demandas estatales en el marco de la prevención positiva del blanqueo de capitales.

Dadas estas condiciones, el razonamiento desarrollado en el marco del análisis dogmático de la responsabilidad de los garantes puede ser aplicado también al contexto de la competencia preferente de los sujetos obligados. De hecho, tal y como sostiene ROBLES PLANAS,

“allí donde *no* pueda afirmarse que el control del peligro se halla incorporado al ámbito de organización de un sujeto, su conducta en relación con el peligro solo podrá prohibirse apelando a deberes generales”<sup>979</sup>.

Lo que se confirma a partir del análisis de las conductas que generan la infracción de los deberes de colaboración, característicos del sistema de prevención del BdeC, es justamente que dichos deberes de colaboración no se limitan exclusivamente a incorporar y resaltar el peligro de la ocurrencia de este delito, sino que también contienen mandatos positivos especiales delegados por el Estado tendentes a implementar el cumplimiento de prestaciones de naturaleza policial.

#### *4. Merecimiento y provecho*

Sentadas las premisas dogmáticas con respecto de los fundamentos del deber de colaboración, en el presente apartado lo que se pretende es esbozar algunos argumentos de orden práctico que podrían permitir la justificación de dichos deberes en el marco de la prevención del BdeC. Una tarea sistematizadora de esta índole debe partir, indudablemente, de la observación empírica de las prácticas y dinámicas propias de todos los sujetos involucrados en el control de este fenómeno delictivo. En efecto, es un hecho incuestionable que los sujetos obligados se encuentran en una posición privilegiada para prevenir el BdeC: su cercanía física y profesional con las transacciones y el entorno financiero/mercantil les ofrecen unas condiciones técnicas y estratégicas excepcionales para identificar las operaciones sospechosas de blanqueo. Como

---

<sup>979</sup> Cfr. ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales*, 2007, p. 61.

consecuencia de esta cercanía no es necesario explicar detalladamente por qué los estos sujetos se encuentran en el centro de la fuente de peligro. Igualmente innegable es que ciertos grupos de sujetos obligados obtienen altos rendimientos derivados de la explotación de actividades económicas, altamente susceptibles de ser utilizadas para perfeccionar esquemas de blanqueo y, más recientemente, también rendimientos provenientes de la administración de valiosas bases de datos<sup>980</sup>. Pese a esto, hasta ahora son pocas las voces que se manifiestan a favor de la prohibición de las lucrativas y polémicas empresas *off-shore*<sup>981</sup> o en pro de la regulación efectiva de las prácticas de *data mining*<sup>982</sup>.

Pese a estos y otros riesgos latentes relacionados con la vinculación de particulares al sistema de control de BdeC, el criterio de la eficiencia sigue siendo el argumento más utilizado por parte de los foros internacionales para defender la delegación de las tareas de prevención, en las que se enmarcan los deberes de colaboración que aquí se analizan<sup>983</sup>. En este sentido, y como mecanismo de *contrapeso*, es posible afirmar que un argumento de justicia (*fairness*)<sup>984</sup> legitima la imposición de deberes intensificados de colaboración a

---

<sup>980</sup> En la práctica, algunos sujetos obligados como notarios e instituciones financieras cuentan también con la posibilidad de obtener beneficios económicos de la información de sus clientes, que es recopilada y estructurada en bases de datos autorizadas por el Estado; vid. FAVAREL-GARRIGUES *et al.*, «Reluctant partners? Banks in the fight against money laundering and terrorism financing in France», *Security Dialogue*, (42 - 2), 2011; LEVI, Michael *et al.*, «Global surveillance of dirty money: assessing assessments of regimes to control money-laundering and combat the financing of terrorism. Report», *Center on Law and Globalization*, 2014; BLAIR *et al.*, *Banks and financial crime*, 2ª ed., 2017

<sup>981</sup>Cfr. ABEL SOUTO, «Blanqueo de dinero, reformas penales de 2015, secreto bancario y paraísos fiscales», en DEMETRIO CRESPO *et al.* (eds.), *Derecho penal económico y derechos humanos*, 2018, p. 457.

<sup>982</sup> El *Data mining* o la “minería de datos” es el proceso por el que *softwares* de alta capacidad de procesamiento se aplican en las bases de datos públicas o privadas para buscar informaciones precisas dentro de grandes bases, como pueden ser las redes sociales o las bases de datos de los clientes del sistema bancario, en el sector privado, o los análisis de inteligencia elaborados por las Unidades de Inteligencia Financiera, la Agencia Tributaria o las centrales de prevención del terrorismo etc., en el ámbito público; vid. BONFANTI/STEFANUCCI, «Exploring the New Frontiers of Security Privatisation: Web-Based Social Networking Services and Their Challenging Contribution to Foster Security and Public Safety», en BURES/CARRAPICO (eds.), *Security Privatization: how non-security-related private businesses shape security governance*, 2018, p. 265.

<sup>983</sup> Cfr. SIEBER, «Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht», en DANNECKER *et al.* (eds.), *FS-Tiedemann*, 2008, p. 470.

<sup>984</sup> El argumento de justicia, o *fairness*, según RAWLS, es un principio distributivo de deberes que se relaciona con la existencia de un Estado justo y con el provecho que cada uno obtiene de la sociedad. Este principio sirve para distinguir las obligaciones de los deberes naturales. En palabras de este autor, el principio de *fairness* “holds that a person is required to do his part as defined by the rules of an institution when two conditions are met: first, the institution is just (or fair), that is, it satisfies the two principles of justice; and second, one has voluntarily accepted the benefits of the arrangement or taken advantage of the opportunities it offers to further one’s interests. The main idea is that when a number of persons engage in a mutually advantageous cooperative venture according to rules, and thus restrict

aquellos que reciben los mayores beneficios de la actividad, es decir, los sujetos obligados. Porque son ellos quienes “disfruta[n] de las ventajas de la libertad”<sup>985</sup> y sacan sustanciales beneficios<sup>986</sup> de su actividad económica y empresarial.

Es un hecho fácilmente verificable que el Estado no siempre será capaz de contrarrestar el aumento del poder de las corporaciones. Por ello, es razonable que se utilicen instrumentos legales –entre ellos el Derecho sancionador– diseñados para restablecer el equilibrio de las relaciones entre el Estado, las grandes empresas y la sociedad en su conjunto. Se trata de garantizar que, a cambio de los beneficios que obtienen de la apertura de los mercados, de la limitada responsabilidad corporativa y de los avances tecnológicos, los actores del sistema financiero y otras áreas de riesgo intenso de delitos económicos se autorregulen y asuman el nivel de responsabilidad correspondiente. Además de responder equitativamente por su posición privilegiada en las interacciones sociales y con el mercado<sup>987</sup>, se espera, también, que cooperen activamente en modelos de vinculación con el Estado, dirigidos a fortalecer la prevención de delitos. Se trata, en síntesis, de obligar jurídicamente a las corporaciones a asumir mayores responsabilidades frente a la evitación de peligros.

La realidad de la implementación de modelos de autorregulación, acompañados de la adopción de consecuencias penales ante el incumplimiento de las obligaciones, ha demostrado, en los países con más experiencia en la materia, que la imposición de deberes de carácter cuasi-policial se interpreta como una consecuencia natural, correlativa a las ventajas que los particulares adquieren cuando se les permite explotar determinada actividad económica<sup>988</sup> en el marco de una concesión contractual o de una delegación legal. En este punto, es preciso reformular una concepción ampliamente extendida, a partir de la adopción de un

---

*their liberty in ways necessary to yield advantages for all, those who have submitted to these restrictions have a right to a similar acquiescence on the part of those who have benefited from their submission”* (RAWLS, *A theory of justice*, 1971, p. 96).

<sup>985</sup> La expresión es de LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión*, 2002, p. 62. Sobre responsabilidad y ejercicio de libertad, vid. JAKOBS, *La competencia por organización en el delito omisivo*, 1994, p. 15.

<sup>986</sup> Así, DARNACULLETA I GARDELLA, *Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada*, 2005, p. 82.

<sup>987</sup> En este sentido, NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, 2008, p. 38.

<sup>988</sup> DONNELLY, *Delegation of governmental power to private parties*, 2007, p. 83 ss.; MICHAEL, «Cooperative Implementation of Federal Regulations», *The Yale Journal on Regulation*, (13), 1996, p. 539; PLAUMANN-EWEDWALDBESLOH/ZEMKE, «Einleitung», en PLAUMANN-EWEDWALDBESLOH/ZEMKE (eds.), *Bankenkommentar zum Geldwäscherecht*, 2013, nn. 40 ss.

razonamiento contraintuitivo que permite sostener que la delegación de tareas cuasi-policiales a los sujetos obligados no implica, únicamente, la imposición de cargas y costos. La realidad muestra que los sujetos obligados protagonizan una relación beneficiosa y asumen una posición especial, adecuada a sus intereses, al representar los intereses del Estado. Sujetos obligados como instituciones financieras, notarios o casinos –que explotan una actividad económica gozando de una autorización especial de funcionamiento que les permite generar ganancias sustanciales– constituyen un buen ejemplo de esta situación. Estas posiciones privilegiadas, que generan beneficios evidentes, se encuentran reguladas por preceptos rígidos, dictados tanto por el Estado como por los sectores mismos fruto de la autorregulación.

Analizando de forma crítica esta realidad, es necesario recordar que, de acuerdo con los principios propios de la dogmática jurídico-penal, la especial capacidad de prestación de servicios y obtención de beneficios del sujeto obligado no puede ser, *per se*, argumento suficiente para justificar la imposición de deberes positivos<sup>989</sup> de colaboración. Sin embargo, tampoco se trata de una situación que deba pasar totalmente desapercibida. De hecho, una vertiente dogmática dedicada al análisis e interpretación de los delitos especiales defiende que aquellos sujetos que estén en mejores condiciones de proteger al bien jurídico (en nuestro caso, los sujetos obligados a prevenir el blanqueo en el contexto de su colaboración con el Estado) podrán ser sometidos a la imposición de deberes especiales, cuyo incumplimiento traerá aparejada la imposición de consecuencias penales<sup>990</sup>.

En los términos de este trabajo, más allá del provecho que puedan obtener o de la capacidad de colaboración en la evitación del BdeC propia de sujetos obligados como bancos e instituciones financieras, es importante hacer referencia al papel que estos sujetos desempeñan y a las consecuencias de sus actuaciones en el contexto social. Efectivamente, no se trata solamente de sujetos obligados, principales beneficiarios de los movimientos financieros y potenciales colaboradores en el desarrollo de, entre otras, actividades de blanqueo. Se está, más bien, frente a grupos específicos que, siendo parte activa del espectro de sujetos obligados –el sector financiero–, asumen un rol esencial en el desarrollo

---

<sup>989</sup> En efecto, la posibilidad de actuar no justifica, *per se*, que esta sea exigible penalmente. Así, PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal*, 2016, p. 101.

<sup>990</sup> Así, GÓMEZ MARTÍN, «Los delitos especiales y el art. 65.3 del Código Penal Español», en ROBLES PLANAS (eds.), *La responsabilidad en los “delitos especiales,”* 2014, p. 105, 138, 140 ss.



de las “reglas del juego” que delimitan las políticas de prevención del blanqueo de capitales, tal y como ya se ha mencionado en la discusión relativa al fenómeno de la autorregulación.

Esta situación debe ser tenida en cuenta en el momento de definir el nivel de responsabilidad del sector financiero en el contexto de la lucha contra el BdeC. El impacto de la libertad de decisión que tiene el sector financiero (i) en el momento de prevenir el delito y (ii) en la generación de efectos derivados de su actuación arriesgada en el mercado, son aspectos que deben formar parte de cualquier discusión al respecto.

Adicionalmente, es necesario hacer mención a los efectos nocivos que las crisis bancarias, de carácter sistémico, han provocado en los últimos años<sup>991</sup>. Sin entrar a describir la potencial relevancia penal de las decisiones de riesgo elevado<sup>992</sup> que tomaron ciertas instituciones, de las características ilícitas de ciertos negocios o de las insolvencias punibles, lo que aquí se quiere subrayarse es que las ganancias sustanciales del sistema financiero, por regla general, son privadas, mientras que se socializan colectivamente las pérdidas económicas o los efectos colaterales de las prácticas de mayor riesgo jurídico o económico.

Por todo ello, a mi juicio, es relevante que el Estado establezca, *ex ante* y de forma normativa, cuáles serán las consecuencias penales derivadas de la asunción de riesgos excesivos por parte de los bancos y de los demás sujetos obligados, o de la negligencia a la hora de colaborar con el Estado en la prevención del blanqueo. En síntesis, parece plausible afirmar que un grupo específico de sujetos obligados, como es el caso de las instituciones financieras, no solo cuenta con la posibilidad de sacar provecho de las condiciones del mercado en el que se desenvuelven los esquemas de blanqueo de capitales, sino que, además, se halla en unas condiciones privilegiadas de evitar la potencial comisión de este delito por sus clientes. En consecuencia, esos sujetos obligados merecen contar con un régimen de responsabilidad que les atribuya las consecuencias de sus actividades nocivas para la colectividad, en forma de imposición de deberes positivos

---

<sup>991</sup> Cfr. DEWATRIPONT/FREIXAS, «Bank resolution: lessons from the crisis», en DEWATRIPONT/FREIXAS (eds.), *The crisis aftermath: new regulatory paradigms*, 2012, p. 2; BINDER, «Zivilrechtliche und strafrechtliche Aufarbeitung der Finanzmarktkrise», *ZGR*, 2016.

<sup>992</sup> Vid. SCHÜNEMANN, en SCHÜNEMANN (eds.), *Die sogenannte Finanzkrise - Systemversagen oder global organisierte Kriminalität?*, 2010; WOHLERS, «Die strafrechtliche Bewältigung der Finanzkrise am Beispiel der Strafbarkeit wegen Untreue», *ZStW*, (123 - 4), 2011.

especiales, coherentes con el reconocimiento de su mayor potestad y autonomía frente al poder estatal.

### *5. Balance: límites para la creación de los deberes de colaboración*

De las tesis con respecto de los tres niveles de responsabilidad conviene poner de relieve un elemento compartido por ambas: la idea de que la ausencia de organización plena no permite la imputación del resultado correspondiente a las consecuencias penales previstas para la máxima manifestación de libertad de organización, sea en términos de la imputación del resultado del tipo de la Parte Especial, sea en cuanto a la reacción máxima representada por la legítima defensa. Así, si falta la posibilidad de dominio, o si no concurre un ejercicio máximo de la libertad de organización, luego no es posible imponer la responsabilidad penal máxima correspondiente a la organización plena. Ahora bien, por otra parte, aquellos sujetos que se hallan fácticamente en el origen de un daño o peligro no pueden ser considerados absolutamente ajenos al resultado, de modo que es posible atribuirles un grado de responsabilidad intermedio frente a dicho resultado, a partir de un tipo penal de deber positivo especial.

Como se ha visto, los sujetos obligados se hallan en una posición de responsabilidad intermedia frente a las consecuencias del suceso lesivo: no son plenamente competentes por la organización del blanqueo, ni tampoco se encuentran al nivel mínimo de responsabilidad que correspondería a una persona totalmente ajena a la circulación de capitales. Partiendo de esta propuesta, el presente apartado ha tenido el objetivo de colmar de contenido el deber de colaboración como un supuesto de responsabilidad intermedia a partir del vínculo que los sujetos obligados poseen frente al daño provocado por las transacciones de BdeC de sus clientes. La idea rectora de este análisis, entonces, consiste en que la conexión de estos sujetos con el riesgo permite limitar el deber especial de colaborar con el Estado para prevenir el delito o, como otra cara de la moneda, un deber de tolerar cierta restricción de su libertad de organización empresarial para hacer frente a este deber de colaboración.

Se ha visto que el deber positivo contenido en el blanqueo-colaboración posee una relación de *cuasi-equivalencia* con el delito de referencia (blanqueo-organización), en tanto que se trata una forma de manifestación de libertad *no orientada a la producción de un resultado* de blanqueo, sino más bien dirigida a facilitar la labor de la Administración de Justicia. Dicha relación de cuasi-equivalencia consiste específicamente en la gestión de un riesgo especialmente

elevado frente al resultado o, en otras palabras, en la gestión de un peligro especial de BdeC que permite imponer un deber de actuar, en la órbita del deber de salvamento tras injerencia.

En este sentido, los tres elementos que coinciden en la tripartición de las formas de responsabilidad penal se presentan aquí como argumentos para limitar la imposición de deberes positivos de colaboración: (i) que el sujeto sea preferentemente competente por el resultado, (ii) que exista una relación de cuasi-equivalencia entre el deber negativo y el deber positivo especial, así como (iii) un deber de salvamento especialmente delegado por el Estado para los supuestos de imprudencia en la gestión de la actividad profesional. Además de estos elementos, también se ha argumentado que el beneficio que los sujetos obligados extraen de las actividades en las cuales circulan importantes sumas de capital también justifica la imposición de un deber positivo especial en este ámbito, a la vez que lo delimita.

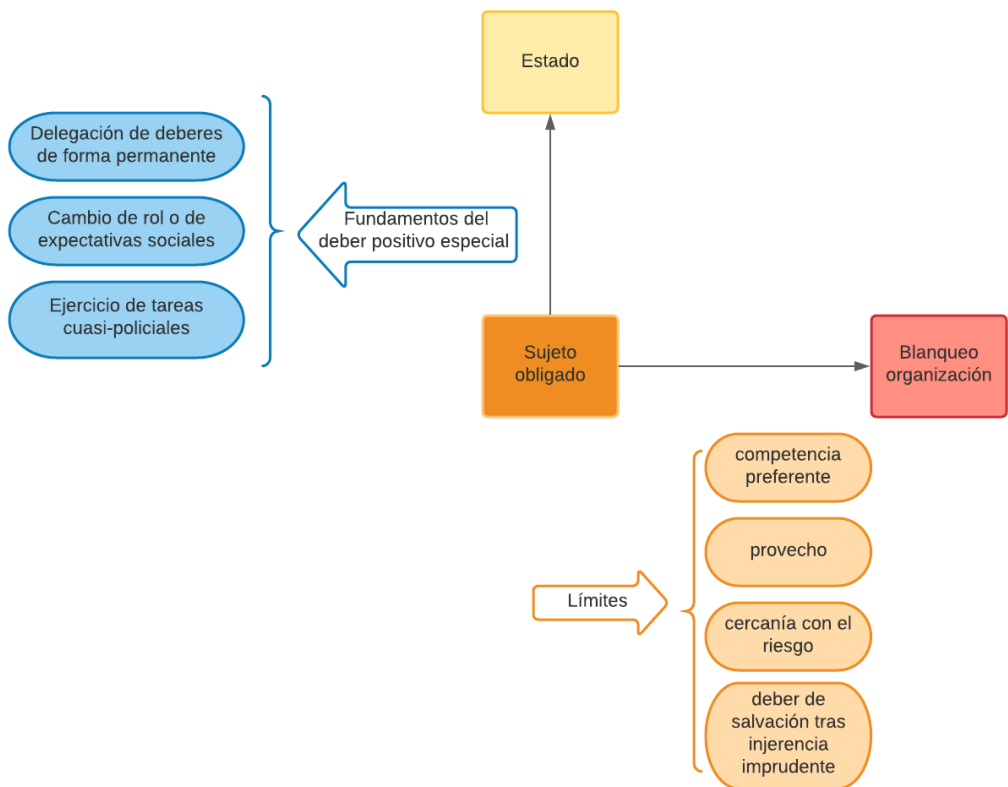
En efecto, los sujetos obligados disponen las condiciones que permiten que se organicen los procesos de blanqueo: de ahí su cercanía con el riesgo. En términos figurados, ellos son los que construyen el camino que deben cruzar los blanqueadores para llegar al resultado de disimulación. A partir de esta alegoría, uno se podría cuestionar, con razón, por qué aquellos que “construyen la carretera” deberían ser responsables por los delitos que terceros practican en ella, o por el hecho de que terceros la instrumentalicen para fines ilícitos. En efecto, parece que desde un punto de vista exclusivamente penal no se justifica su castigo. Sin embargo, hay que reconocer que si el Estado decide, políticamente, hacer responsables a los particulares por la protección de un determinado ámbito de interés público, es razonable que llame a colaborar a aquellos que están en mejores condiciones para hacerlo, que sacan provecho económico de esta actividad y que, además, se hallan más cerca del peligro que cualquiera de los demás ciudadanos. En una palabra, aquellos que gestionan el camino por lo cual transitan los blanqueadores.

El interés público en la evitación del BdeC, como se ha visto, consiste en la plena realización de las funciones de la Administración de Justicia y también en el interés de evitar los efectos criminógenos que genera la circulación de capitales de origen ilícito. A la vez, la delegación de ciertas tareas de protección queda clara en el listado de actividades económicas del art. 2 L.O. 10/2010, como actividades que presentan el mayor riesgo de desvío para las operaciones de blanqueo.

En consecuencia, asumiendo que esta es la elección del Estado, la tesis que aquí se defiende plantea que lo más adecuado es ubicar las prestaciones de los colaboradores en un nivel intermedio de responsabilidad, que se halla específicamente entre la responsabilidad por organización plena y el deber positivo general. O, lo que es lo mismo, entre la responsabilidad por las consecuencias de una organización fuerte y la responsabilidad por la infracción de un deber positivo general que, lo reiteramos, merece un tratamiento penal propio y con grado de pena inferior al asignado a la organización plena del delito.

Como conclusión, se puede finalizar este capítulo afirmando que el fundamento de los deberes de colaboración en el ámbito del BdeC es el deber positivo especial de naturaleza cuasi-institucional que deriva de la delegación específica del Estado, para que los particulares actúen como ayudantes de los funcionarios en su labor de garantizar la Administración de Justicia. Complementariamente, estos deberes deben ser limitados por la relación de cercanía con el riesgo y sistemáticamente ubicados en el nivel intermedio de responsabilidad penal, entre la organización plena del proceso de blanqueo y los deberes positivos generales de denuncia. Dicho en otros términos: el fundamento del deber positivo especial está en la relación de los sujetos obligados con el Estado, mientras que sus límites se hallan en la relación de los mismos con el resultado provocado por el blanqueo-organización.

El siguiente diagrama busca sintetizar esta idea:



## VI. PROYECCIÓN DE LOS DEBERES DE COLABORACIÓN SOBRE EL TIPO DE BdeC

### 1. *Recapitulación: la posición jurídica de los sujetos obligados*

Una mirada crítica de los cambios a los que ha sido sometida la regulación antiblanqueo en los últimos años no hace más que confirmar la tendencia internacional de ubicar a los sujetos obligados como catalizadores de la actuación de los órganos públicos de investigación. Las reformas impulsadas por la 4ª y 5ª Directivas europeas indican la expansión del ámbito de responsabilidad de los sujetos obligados y la atribución de una mayor importancia a la prevención del BdeC para garantizar la estabilidad de los sistemas financieros. Paradójicamente, asistimos a la revelación periódica de grandes escándalos de BdeC que han ocurrido en el seno de incontables democracias occidentales<sup>993</sup>. Se trata, por ejemplo, de los escándalos revelados en el marco de los denominados Papeles de Panamá o del Banco de Dinamarca<sup>994</sup> que, por la dimensión de los montos

---

<sup>993</sup> En los *FinCen Files*, como se ha llamado este escándalo, se relata cómo el FinCen recibió, por parte de entidades bancarias, informes de operaciones sospechosas que incluían la posible realización de transacciones de BdeC en Rusia, América Latina y otros países. Estos informes detallaban, además, la forma en la que importantes instituciones bancarias facilitaban el blanqueo y reinserción de capital ilícito en varios países del globo. A modo de ejemplo, EEUU investiga actualmente el posible vínculo de operaciones de este tipo con la supuesta interferencia de Rusia en las elecciones norteamericanas en las que resultó elegido Donald Trump. En Brasil (aunque con consecuencias para otros países de América Latina como Ecuador, Colombia, Perú, Bolivia o Chile), las investigaciones de corrupción y BdeC llevadas a cabo en el marco del caso Odebrecht han sido decisivas para los eventos electorales que se produjeron en la región en los últimos años. A pesar de haber sido conocidas, tanto por los bancos, como por la UIF norteamericana, estas potenciales transacciones de blanqueo no fueron interrumpidas por ninguna autoridad o actor involucrado en su investigación. Los documentos que se han publicado como parte de los FinCen Files incluyen reportes del BdeC llevado a cabo por políticos venezolanos a través del envío de grandes sumas de dinero a Nueva York, así como de sus nexos con organizaciones narcotraficantes mexicanas involucradas, además, en manipulaciones y fraudes electorales. Para acceder a la totalidad de los documentos procesados por el consorcio de periodistas investigativos publicados hasta la fecha, véase: <https://www.icij.org/investigations/fincen-files/explore-the-fincen-files-data/>. Acceso en 04.12.2020.

<sup>994</sup> Aunque sin el mismo impacto mediático que otros casos –como el escándalo de los “Papeles de Panamá”–, el caso del banco danés (*Danske Bank*) representa la mayor operación de BdeC de la que se tiene conocimiento en Europa. Se trata de la facilitación, por parte de una entidad subsidiaria del *Danske Bank* en Estonia, del blanqueo de 200 mil millones de euros pertenecientes a ciudadanos no residentes en Estonia –mayormente de origen ruso– entre 2007 y 2015. Es un valor equivalente a diez veces el Producto Interno Bruto de Estonia para el año 2015: es imposible pensar que operaciones de esta magnitud no hayan llamado la atención de los directivos y autoridades bancarias o, por lo menos, de las unidades de inteligencia financiera de Estonia y de Dinamarca. Finalmente, las operaciones fueron denunciadas, en 2014, por un empleado de alto rango de la filial ubicada en Estonia, dando lugar a una serie de investigaciones y a condenas criminales de los representantes del banco en Estonia. Al banco danés le fueron impuestas sanciones administrativas por parte de las agencias reguladoras danesas y estonias y le fue retirada su licencia de funcionamiento en este último país. En 2015 el *Deutsche Bank* y

blanqueados, han provocado cambios estratégicos y jurídicos a nivel europeo y mundial. En estos términos, es conocido que la publicación de los papeles de Panamá fue el punto de partida de la reforma adoptada por la 5ª Directiva<sup>995</sup> que pretendió, justamente, impulsar la ampliación del listado de sujetos obligados y de las medidas reforzadas de diligencia debida aplicables a los países clasificados como de alto riesgo de BdeC<sup>996</sup>, así como reforzar la protección legal de los *whistleblowers*.

El sentimiento de incomodidad y perplejidad que se genera al profundizar en estos grandes casos de BdeC no tiene que ver solo con el hecho de comprobar que ciertos individuos han logrado blanquear los rendimientos económicos de sus delitos –de alguna forma, esto es lo que se espera que hagan–. Lo verdaderamente incomodo es comprender que el éxito de estos esquemas de blanqueo solo ha sido posible gracias a la colaboración de bancos y empresas, que han permitido que el dinero *criminal* circule impunemente a lo largo y ancho del territorio europeo. En otras palabras, lo extraño es que los sujetos obligados hayan sido conniventes con estas prácticas, o que no hayan sido capaces de identificar e impedir que dichos valores de origen ilícito ingresen en el sistema financiero. Una situación de este tipo ilustra el hecho de que la expectativa normativa que recae sobre los sujetos obligados y sobre los blanqueadores deba ser distinta. En mi opinión, esta diferenciación debe plasmarse, en términos

---

el *Bank of America* cancelaron sus vínculos de corresponsalia bancaria con el banco danés. Una síntesis minuciosa de estos hechos está disponible en: <https://sevenpillarsinstitute.org/the-case-of-danske-bank-and-money-laundering/> (último acceso el 04.12.2020). Muchos otros ejemplos de cómo los flujos de capital ilícito influyen en la política regional, sobre todo en los países menos desarrollados, se encuentran en: LEVI, «How well do Anti-Money Laundering controls work in developing countries?», en REUTER (eds.), *Draining development?*, 2012, p. 389 ss.

<sup>995</sup> Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifican las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE. Los cambios incluidos en la 5ª Directiva tienen la finalidad de reforzar la transparencia de los registros de titularidad real y de adoptar medidas más restrictivas en la elaboración, tanto de las listas de países que implican riesgos de blanqueo, como de las listas de personas con responsabilidad pública.

<sup>996</sup> Cf. COMISIÓN EUROPEA. *Commission Staff Working Document. Methodology for identifying high-risk third countries under Directive (EU) 2015/849*. Actualizado por última vez en 07.05.2020. Disponible en: [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business\\_economy\\_euro/banking\\_and\\_finance/documents/2\\_00507-anti-money-laundering-terrorism-financing-action-plan-methodology\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/2_00507-anti-money-laundering-terrorism-financing-action-plan-methodology_en.pdf) (último acceso el 04.12.2020).

normativos, en los criterios de interpretación que se utilicen frente al tipo penal de BdeC.

### 1.1. Análisis de lege lata: Interpretación del art. 301 CP según la responsabilidad de los sujetos obligados

Como se ha mencionado de forma insistente, la hipótesis central de este trabajo consiste en entender que una parte del injusto del delito de BdeC se encuentra dirigida, específicamente, a lograr que los sujetos obligados actúen en la primera línea de defensa diseñada en el marco de la implementación de mecanismos de prevención del blanqueo y de la identificación de flujos de capital ilícito. Esta finalidad –acompañada obviamente de la amenaza de imposición de pena– implica, no solamente la atribución de un deber negativo consistente en no blanquear, sino también de un deber positivo de colaboración activa para el descubrimiento de valores de origen ilícito. El estudio detallado de cada uno de los elementos del actual tipo penal de blanqueo permite concluir que esta hipótesis ha sido confirmada de forma satisfactoria. El análisis normativo del art. 301 CP ha brindado los elementos suficientes para comprobar que, el hecho de castigar a los sujetos obligados por sus actuaciones con imprudencia grave, se fundamenta en la infracción de deberes administrativos de naturaleza positiva dirigidos a asegurar la adecuada identificación de clientes y a frustrar los intentos de blanqueo de estos. Dicho de otra forma: la imputación del blanqueo a título de imprudencia grave –como consecuencia del incumplimiento de las medidas de diligencia debida con respecto al cliente– prevista en el art. 301.3 CP se fundamenta en el reproche de un tipo de imprudencia particular. Así, se trata de una imprudencia vinculada a la realización deficiente de tareas de monitoreo y evitación de riesgos de terceros (clientes), y no referida a la infracción de las medidas implementadas para contener los riesgos intrínsecos a la actividad empresarial. Por esta razón, no es para nada descabellado considerar que las tareas asignadas a los sujetos obligados tienen una naturaleza cuasi-policial. En estos términos, los deberes primarios y secundarios de los sujetos obligados –es decir, el deber de informar y de aplicar las medidas de diligencia debida– son deberes positivos especiales que no se limitan al ámbito administrativo, sino que se extienden al ámbito penal por medio de la imputación del blanqueo de capitales por imprudencia grave.

En este mismo orden de ideas, la hipótesis de investigación también se comprueba al momento de identificar –en el contexto del análisis del tipo penal– que las conductas omisivas de los sujetos obligados se refieren, en la mayoría de



los casos, a la mera omisión de informar y reportar las presuntas operaciones sospechosas (deber administrativo positivo). Omisión que es castigada –en el ámbito penal– a través de la imputación de la comisión por omisión. Sin embargo, la consecuencia jurídica de un supuesto deber de denuncia no ha sido consagrada explícitamente en el texto del tipo penal. Se trata, más bien, de una interpretación formalista de los deberes de garante, que no toma en consideración los requisitos propios de la fundamentación material de los deberes de este tipo. La identificación de una práctica interpretativa de esta naturaleza hace necesario formular dos observaciones.

En primer lugar, debe recordarse que la posición de garante requiere algo más que la simple obligación legal contenida en el art. 11.a CP. Es necesario, además, que exista una asunción voluntaria de la gestión de un ámbito limitado de riesgo que se inscriba en el entorno de la actividad profesional, siendo también esencial para la imputación del resultado de blanqueo como consecuencia de la omisión del garante, que dicha omisión sea equivalente –material y estructuralmente– a la acción. El castigo del sujeto obligado a título de comisión por omisión requiere, en definitiva, la comprobación de una relación de organización con el proceso de blanqueo realizado por terceros.

En segundo lugar, es preciso anotar que la referencia al concepto de “ocultación” contenida en el tipo penal debe ser interpretada como la ocultación del origen ilícito, es decir, como una modalidad de disimulación. Y no como la ocultación de *informaciones* relativas a la naturaleza, ubicación, destino, movimiento o derechos existentes sobre los bienes y/o capitales. Este último tipo de conductas –la ocultación de la naturaleza, ubicación o destino de los bienes ilícitos– constituye, de hecho, un ilícito característico de las conductas de favorecimiento del delito, esto es, de encubrimiento. Por esta razón, cuando se castiga al sujeto por su conducta consistente en “ocultar” este tipo de informaciones, lo que en realidad se está haciendo es imponerle un deber de denuncia, que parte del supuesto de que su actuación no posee ningún vínculo subjetivo con aquella llevada a cabo por el organizador del blanqueo<sup>997</sup>.

---

<sup>997</sup> En este sentido, SÁNCHEZ-OSTIZ sostiene que “la ocultación del origen de los bienes poseídos tiene el carácter de favorecimiento, propio del delito de encubrimiento, en la medida en que quien así obra está impidiendo o dificultando la efectiva vigencia de las normas que prohíben los delitos de los que proceden esos fondos. Dicho de otro modo: las conductas de lavado y legitimación de capitales vienen a convertir

Aparte de este castigo *indirecto* de los sujetos obligados por incumplir su deber de colaboración, el tipo penal también ha previsto un modelo de castigo *directo*, que ha sido ampliamente trabajado por la doctrina alemana. Como se analizó al momento de interpretar el contenido del art. 301 CP, los actos de aislamiento (adquisición, posesión y uso) también tienen como objetivo condicionar el comportamiento de los sujetos obligados<sup>998</sup>. Efectivamente, al prohibir a los sujetos obligados la realización de estas conductas, lo que realmente pretende la norma es evitar que reciban bienes o capitales potencialmente ilícitos –esto, con independencia de la legalidad de la operación que el cliente pretenda realizar y de que los bienes y/o capitales ilícitos sean realmente blanqueados–. En síntesis, lo que se pretende, desde un punto de vista normativo, es que los sujetos obligados actúen como una barrera, impidiendo que sus clientes den inicio a esquemas de transacciones con capitales ilícitos. Respondiendo a esta finalidad, el tipo penal castiga a los sujetos obligados que intervengan en las etapas preparatorias del blanqueo-organización. Sin embargo, sus conductas son equiparadas a verdaderos actos de blanqueo y son castigados a título de autores.

En definitiva, en mi opinión, se trata de categorías disímiles que ameritan un tratamiento normativo y punitivo diferenciado. En todo caso, la defectuosa redacción de este tipo penal permite –por lo menos– separar estos dos núcleos de injusto, contribuyendo a corregir en alguna medida los excesos del tipo y a

---

el delito (previo) en una fuente productiva de ‘riqueza’, lo cual no puede pasar sin que se relativice la norma del delito previo. Hay, sin embargo, en el lavado de capitales algo que lo separa de este planteamiento: y es que la serie de conductas que sigue al delito origen adquiere sentido en cuanto tal trama. Surge con ello un interés en la persecución de los delitos, con entidad por sí mismo. En el lavado de capitales me parece así hallarse un interés directo, propio, en la persecución, que desvincularía tal hecho de los delitos de los que proceden”. SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices? contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*, 2004, p. 366.

<sup>998</sup> En efecto, uno de los elementos resaltados por las evaluaciones del GAFI es la criminalización de la conducta de posesión, adquisición y uso. España introdujo estos verbos en el tipo penal, como consecuencia de la valoración negativa que recibió por parte del GAFI en 2006, organismo bastante crítico frente a la redacción del tipo penal vigente en ese momento. El organismo internacional consideró que, al no incriminar los actos de posesión, adquisición y uso, el tipo penal permitía la sanción de actuaciones de los sujetos obligados en casos en los que las conductas de los clientes no alcanzaban a transformar la naturaleza ilícita del capital. Cfr. FATF, *Mutual Evaluation Report – Spain*, 2006. En la página 167 del informe, el GAFI concluye, refiriéndose a la reforma del tipo penal, que: “It should be clearly set out that the ‘possession or use’ of proceeds of crime constitutes money laundering to the full extent required by the Vienna and the Palermo Conventions” Disponible en: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer/mer%20spain.pdf> (último acceso el 04.12.2020). La criminalización de estas conductas es una decisión problemática, principalmente porque en el contexto de una legislación como la española, que castiga el autoblanqueo, la punición de actos de adquisición, posesión y uso de bienes de origen ilícito puede implicar el *bis in idem*, como bien lo destaca la sentencia de referencia, STS 2015/2015, y, además, porque implicaría penalizar conductas propias del quehacer económico cotidiano.

definir los supuestos que son merecedores de una pena menor, siempre en el espectro de los marcos establecidos en dicho artículo.

## 1.2. Las consecuencias de los deberes de colaboración incluidos en el tipo penal vigente

Tomando como punto de partida un enfoque analítico del tipo de BdeC, es posible interpretar el texto legal vigente atendiendo a la posición jurídica que ocupen los sujetos obligados, es decir, si la conducta que se castiga hace referencia a la defraudación de las expectativas de colaboración con el Estado (*relación sujeto obligado - Estado*) o si, más bien, se castiga su intervención en el esquema de blanqueo de terceros (*relación sujeto obligado - blanqueador organizador*). La adopción de una interpretación con estas características permitiría a la jurisprudencia reconocer las diferencias existentes entre la gravedad de la infracción de los deberes positivos y de los deberes negativos – incluidos simultáneamente en el tipo– y, además, solucionaría problemas estructurales relacionados con la determinación de la pena aplicable y con la definición del título de imputación de la responsabilidad penal (imprudencia, omisión, participación).

En primer lugar, cualquier interpretación que pretenda limitar de forma consistente el ámbito de aplicación del actual tipo penal de blanqueo debe comenzar por construir una definición de los hechos nucleares que dan lugar al castigo de una conducta de BdeC. En otras palabras: debe identificar el significado y los casos de disimulación del origen del capital que han sido denominados por el legislador español como “encubrimiento”. No debe olvidarse que, en el ámbito de los organismos internacionales que se ocupan del tema, aquello que el legislador español llama de encubrimiento del origen del capital, equivale –valga la repetición–, a la *disimulación* del origen ilícito. No se trata, entonces, de una figura cercana al delito de encubrimiento del art. 451 CP, como ya se ha explicado en su momento<sup>999</sup>. Así entendida, la disimulación es un acto organizativo que concentra todo el potencial necesario para eliminar el origen ilícito de los bienes y/o capitales, confiriéndoles una apariencia definitiva de legalidad. Se trata, según la redacción actual, de los actos descritos en art. 301.2 CP. El proceso de legitimación del capital también se perfecciona a través de la

---

<sup>999</sup> Vid. *supra* Parte I, Cap. III.

realización de las conductas de conversión y ocultación del origen ilícito descritas en el art. 301.1 CP. En definitiva, se trata de actos que permiten al poseedor de los bienes y/o capital construir una apariencia de licitud, sustentada en la realización de negocios presuntamente legítimos. En realidad, estos actos comparten un denominador común consistente en la realización de maniobras fraudulentas, de engaño, dirigidas a traspasar la barrera *–firewall–* impuesta por los sujetos obligados.

No se trata, entonces, de procesos espontáneos: el esquema de blanqueo requiere una organización *–desde sus comienzos hasta su conclusión–* que apunte a la consecución probable de la finalidad esperada y que dificulte las tareas de investigación y persecución del origen ilícito del capital llevadas a cabo por la Administración de Justicia. En este punto debe resaltarse la importancia del conocimiento del origen delictivo de los bienes y/o capitales, elemento indispensable que debe orientar la realización de las transacciones. Por esta razón se afirma que el núcleo de la organización del blanqueo se encuentra formado por las conductas de disimulación, ocultación del origen ilícito y conversión *dolosa* del capital*–*. Teniendo en cuenta todos estos elementos, aquellas personas que intervengan en un proceso de estas características *–sean o no sujetos obligados–* llevan a cabo conductas de blanqueo-organización (por acción o en comisión por omisión, si se comprueban los requisitos necesarios), y deberán recibir una pena adecuada a su modo de intervención, es decir, como autores o partícipes.

Cualquier otra conducta, que no satisfaga las exigencias requeridas para la configuración de verdaderos actos de blanqueo, deberá ser considerada accesoria, al igual que todas aquellas conductas de colaboración que, en mi opinión y recurriendo a la teoría de los deberes positivos, merecen una pena más baja que aquella impuesta por la comisión de conductas de organización de blanqueo. No sobra además recordar que, con el fin de materializar de forma adecuada las expectativas estatales de colaboración de los sujetos obligados en el control del BdeC, es necesario que la aplicación *–de lege lata, recuérdese–* de la figura del blanqueo imprudente sea restringida a este grupo de individuos considerándolo, de esta forma, un delito especial. *De lege ferenda*, sin embargo, es recomendable la descriminalización de la conducta imprudente genérica del art. 301.3 CP.

Recapitulando lo expuesto hasta ahora, el trabajo de investigación que se ha realizado permite afirmar que las conductas de colaboración asignadas a los sujetos obligados pueden ser agrupadas en dos categorías diferentes. En primer lugar, se encuentran las infracciones de deberes positivos de naturaleza

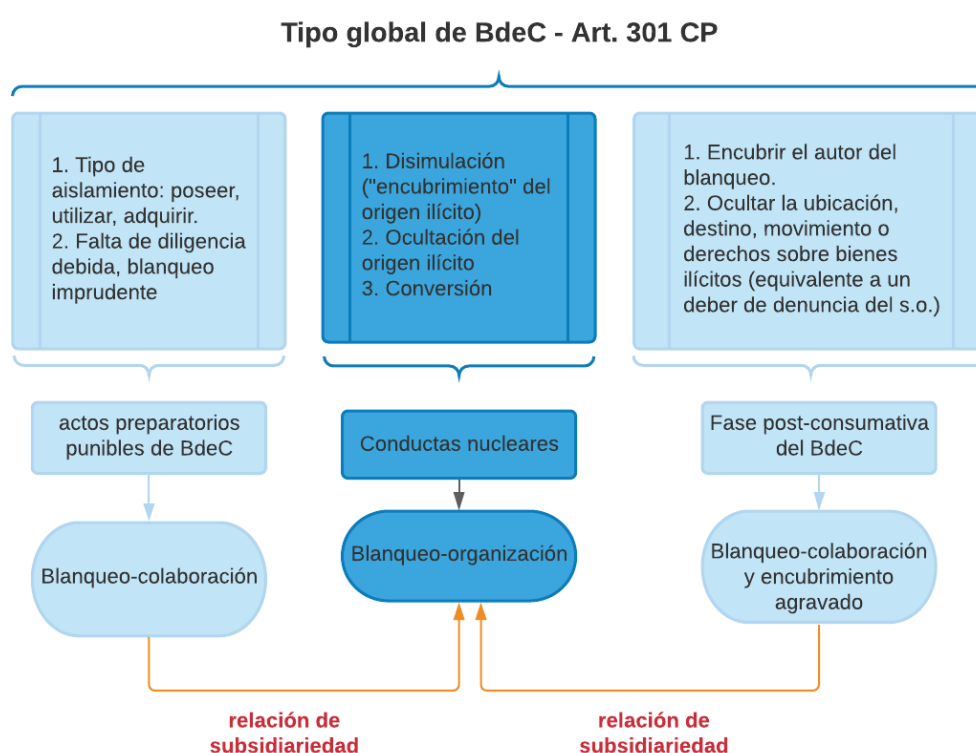
administrativa, que generan la atribución de responsabilidad penal a título de imprudencia grave o comisión por omisión. La imputación del blanqueo imprudente solo tendrá sentido cuando se trate de conductas que impliquen (i) la falta de aplicación de las medidas de diligencia debida con respecto al cliente o (ii) una falta sistemática de diligencia debida que impida recopilar las informaciones requeridas por la Unidad de Inteligencia Financiera. La categoría de infracciones de deberes positivos administrativos incluye, también, la omisión de comunicación de operaciones sospechosas, que puede ser equivocadamente entendida como una forma de responsabilidad penal por omisión, al ser equiparada con la ocultación de la “ubicación, destino, movimiento o derechos” sobre la propiedad de los bienes de origen ilícito. En este caso estamos, en realidad, frente a una interpretación equivocada de la comisión por omisión que ya se ha explicado en varias ocasiones a lo largo de esta investigación.

La segunda categoría de infracciones se encuentra vinculada a los deberes de colaboración, que se concretan en la imposición de conductas de colaboración-aislamiento –distintas al ámbito de prevención de los actos de blanqueo organización– dirigidas a regular el comportamiento de los sujetos que deben actuar en la fase preparatoria del proceso de blanqueo para impedir la consumación del delito de terceros. Las infracciones a estos deberes implican la realización de (i) actos de posesión, utilización o adquisición para sí o para terceros de bienes cuyo origen ilícito se conoce (dolo) o se puede conocer (imprudencia grave) o de actos de (ii) encubrimiento de las operaciones de BdeC y de sus autores, equiparadas a conductas de auxilio *post factum*. De la misma forma en que se ha advertido acerca de la equivocada interpretación de la comisión por omisión, en este punto es preciso resaltar que el término “encubrir” puede ser interpretado de dos formas distintas. Concretamente, cuando el art. 301.2 CP se refiere al “encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas...”, lo que realmente reproduce es una mala traducción de la expresión anglosajona *disguise*, es decir, disimular<sup>1000</sup>. Siendo así, el art. 301.2 CP define, en realidad, conductas nucleares del blanqueo –como la disimulación del origen ilícito–.

---

<sup>1000</sup> Vid. *supra* Parte I, Cap. III.1.1.e.

Por su parte, cuando el art. 301.1 CP consagra el castigo a quien “realice cualquier otro acto [...] para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos”, describe una variante tradicional del delito de encubrimiento del art. 451 CP. Es justamente este posible “encubrimiento” del art. 301.1 CP el que da lugar al deber especial de denuncia de los sujetos obligados, cuya infracción origina el castigo en una fase *post ejecutiva* del delito de blanqueo-organización. Esta propuesta de categorización de las conductas contenidas en el art. 301 CP puede ser presentada gráficamente de la siguiente forma:



Más específicamente, considerando los verbos rectores y términos de la descripción del art. 301 CP, la división entre las conductas presentadas podría ser la siguiente:

- (i) Actos preparatorios punibles:
  - a. *Actos preparatorios punibles directamente tipificados, tipo de aislamiento*: Art. 301.1 CP, primera línea, cuando describe “El que adquiera, posea, utilice (...), o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva”, considerando que el tipo no

exige el conocimiento *seguro* del origen del bien y que es suficiente la mera sospecha.

- b. *Deberes positivos especiales de colaboración indirectamente punibles*: Art. 301.3 CP, cuando menciona “Si los hechos se realizasen por imprudencia grave (...)” en conexión con los artículos 3 a 16 de la L.O. 10/2010.

(ii) Conductas nucleares:

- a. *Conversión*: Art. 301.1 CP, primera línea: “El que (...) convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva”.
- b. *Disimulación*: Art. 301.2 CP, cuando describe “(...) encubrimiento de la verdadera naturaleza (...) sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos (...)”, entendido el verbo encubrir en el sentido de *disimular*.
- c. *Ocultación del origen ilícito*: Art. 301.2 CP, en los términos “(...) la ocultación (...) de la verdadera naturaleza, origen (...) sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos (...)”.

(iii) Fase post-consumativa:

- a. *Fase post consumativa directamente tipificada*: Art. 301.2 CP, en la mención a “(...) la ocultación de la (...) ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos (...)”, considerando que el tipo no exige el conocimiento *seguro* del origen del bien y que es suficiente la mera sospecha.
- b. *Modalidad específica de encubrimiento, variante del art. 451 CP*: Art. 301 CP: “El que adquiera, posea, utilice (...) bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto (...) para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos”.

Como puede verse, los verbos rectores que conforman el núcleo de comportamientos de actos preparatorios punibles y de la fase post consumativa constituyen normas de mandato o de prohibición accesorias dirigidas, *principalmente*, a los sujetos obligados, con la finalidad de facilitar la investigación del origen del capital o, dado el caso, impedir que los poseedores del capital ilícito inicien o concluyan el proceso de blanqueo. Utilizo de forma

deliberada la palabra “principalmente”, pues la literalidad del tipo no diferencia entre sujetos obligados y no obligados. Sin embargo, como se ha argumentado anteriormente, la imposición de deberes generales de cuidado en el contexto del tráfico financiero (confirmando el blanqueo imprudente como un delito común) resulta, a todas luces, desproporcionada: se trata de un área compleja y regulada de forma técnica. Además, desde una perspectiva normativa esto significaría la imposición de deberes positivos generales de colaboración con la Administración de Justicia. Se trata de una situación que amerita un análisis mucho más detallado para prevenir restricciones arbitrarias de libertades<sup>1001</sup>.

Aunque la literalidad del tipo actual no establezca ningún mecanismo que permita disminuir el castigo de las conductas accesorias de los sujetos obligados (blanqueo-colaboración), una limitación de este tipo puede lograrse de forma hermenéutica, es decir, a través de una interpretación jurisprudencial que restrinja el alcance del tipo. En efecto, a través de la STS 515/2015 el Tribunal Supremo español ha adoptado, de forma acertada, una línea interpretativa restrictiva del art. 301 CP, señalando que, para tener relevancia penal, las conductas del art. 301.1 CP (adquirir, poseer, utilizar, convertir, transmitir o realizar cualquier otro acto) deben ser realizadas con la finalidad específica de blanquear el capital. En estos términos, la idea que aquí se defiende consiste en dar continuidad al contenido de la mencionada jurisprudencia, abogando por el desarrollo de criterios estrictos de interpretación de un tipo penal sumamente amplio. Para ello las finalidades del tipo y sus verbos rectores deben ser comprendidos y analizados a partir de un enfoque respetuoso de la teoría de los deberes. Solo así será posible que la jurisprudencia ejerza una función limitadora de la interpretación del tipo, que tenga en cuenta la distinción entre actos de organización y actos de colaboración, definiendo el significado de cada uno de estos actos a partir de un análisis centrado en los deberes y en la gravedad de cada tipo de conductas (organizadoras o colaboradoras). Todo lo anterior deberá verse reflejado en el momento de determinación de la pena.

En síntesis, esta propuesta de interpretación implica el reconocimiento, por parte de la jurisprudencia, de varios núcleos de conductas que se incluyen, indistintamente, en la confusa redacción del tipo de blanqueo: por un lado, los actos preparatorios punibles, el encubrimiento agravado que realizan los sujetos

---

<sup>1001</sup> En detalles, véase *supra*, Parte I, Cap. V.1.2.b.



obligados y las infracciones de deberes positivos de naturaleza administrativa – también realizada por estos sujetos– y, por otro lado, los esquemas dolosos de organización del blanqueo. Adoptando este planteamiento sería posible reconocer, en cada caso concreto, el deber asignado a cada uno de los sujetos cuya conducta se evalúa –sean sujetos obligados o no– en el marco de un contexto de riesgo de BdeC y, a partir de dicho reconocimiento, definir si este deber ha sido efectivamente infringido para proceder, en un momento posterior, a atribuir una pena adecuada, que tenga en cuenta las características de cada uno de los intervinientes en el proceso de blanqueo –es decir, que diferencie entre organizadores y sujetos obligados no colaboradores–.

La identificación de estos deberes es un paso irrenunciable para la construcción de una interpretación estructurada del BdeC. No obstante, en mi opinión, no es suficiente. Es necesario, además, que el castigo por imprudencia grave según el actual art. 301.3 CP se limite a conductas llevadas a cabo por los sujetos obligados, es decir, que sea entendido como un delito especial. Sin olvidar que el castigo del autoblanqueo debe limitarse al blanqueo-organización doloso, excluida la posibilidad de castigo por los actos de adquisición, posesión o uso. La identificación precisa del núcleo de organización del blanqueo –partiendo de la teoría de deberes– permite evitar la ocurrencia de *bis in idem* en casos en los que la simple posesión de rendimientos del delito antecedente sea calificada como blanqueo en la modalidad del art. 301.1 CP “adquisición, posesión o uso” de bienes de origen ilícito<sup>1002</sup>.

Lo que aquí se propone constituye un ejercicio interpretativo tendiente a garantizar la legitimidad y operatividad del tipo de BdeC, echando mano de todos los elementos que se han desarrollado en el marco de la discusión sobre los deberes de colaboración. No obstante, el escenario ideal que debería proyectarse implica, sin lugar a dudas, la reconfiguración normativa del delito –teniendo en cuenta deberes positivos y negativos y los resultados obtenidos por cada uno de los intervinientes en el proceso de BdeC–, es decir, una reforma estructural del tipo que culmine con su desglose en subtipos específicos. El apartado siguiente ofrecerá una propuesta en este sentido. Sin embargo, antes es preciso realizar algunas precisiones generales.

---

<sup>1002</sup> Vid. *supra* Parte I. Cap. III.1.1.a.

En el entorno geopolítico contemporáneo, sería un sinsentido hablar de Estados y ordenamientos jurídicos aislados: España, como todos los Estados del mundo globalizado, debe respetar compromisos internacionales y, en su ámbito continental, adoptar el contenido de las directivas europeas referidas al BdeC. El legislador nacional cuenta, cada vez, con menos posibilidades de maniobra<sup>1003</sup>. En la misma línea, el entorno económico y gubernamental no puede desconocer el valor de las evaluaciones mutuas emitidas por el GAFI. La clasificación e inclusión en las listas de este órgano –gris o negra– tiene un efecto directo en los costes de las transacciones internacionales, puesto que las relaciones de negocios con empresas ubicadas en países reportados deben someterse a controles de diligencia debida más intensos y onerosos.

Sin embargo, hay que reconocer que los organismos y documentos internacionales contemplan la incriminación coherente y completa de las operaciones de blanqueo, permitiendo al legislador nacional adaptar estos modelos macro a las características propias de su ordenamiento interno. En estos términos, el análisis del cuerpo normativo español demuestra que los textos internacionales tienen un alcance mucho más restrictivo. En efecto, la Directiva europea de criminalización –el último documento internacional de carácter vinculante–, estipula que los actos de blanqueo requieren el *conocimiento cierto* del origen ilícito del bien *al momento de su recibimiento*, es decir, no prevé el castigo de la imprudencia ni del *dolus subsequens*. Al respecto, el legislador español ha manifestado –en la exposición de motivos de la L.O. 10/2010– que la Directiva europea es una “norma de mínimos”, justificando así una incriminación más amplia que la requerida por la normativa comunitaria. Como puede verse, el legislador español podría adoptar, si así lo deseara, los límites “mínimos”, sin dejar por ello de cumplir con sus obligaciones internacionales al respecto. Finalmente, antes de pasar a la propuesta de reforma legislativa, debe subrayarse que los marcos penales del art. 301 CP permiten, desde luego, la aplicación de penas proporcionadas atendiendo al tipo de deber infringido –es decir, el deber negativo de no blanquear o el deber positivo especial de colaborar–.

---

<sup>1003</sup> En efecto, la Directiva de criminalización pretende armonizar la redacción de los tipos penales de todos los países europeos. Vid. Directiva (UE) 2018/1673 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2018 relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal

## 2. Propuesta de reforma legislativa

Las opiniones existentes acerca del conjunto de normas antiblanqueo, en especial la reacción de la doctrina y de los reguladores, dan cuenta de la existencia de posiciones polarizadas. Mientras que los órganos internacionales recomiendan vehementemente la adopción de más sanciones, la ampliación del número de sujetos obligados y de los deberes de prevención –generando lo que se ha denominado “pancriminalización”<sup>1004</sup> – la doctrina mayoritaria, por su parte, denuncia los excesos del tipo penal, la vulneración del principio de legalidad y, simultáneamente, cuestiona los resultados prácticos que se han alcanzado con una política criminal agresiva, que pone en peligro a las libertades individuales<sup>1005</sup>.

La propuesta de reforma legislativa que considero adecuada pretende apartarse de dichos extremos y presentar un análisis normativo del BdeC que no implique una crítica absoluta a la incriminación ni un refuerzo de la misma orientado por una retórica punitiva<sup>1006</sup>. El desarrollo actual de las prácticas y del discurso sobre el BdeC hace necesario pensar en una nueva generación de prácticas legislativas y reflexiones dogmáticas acerca de este delito. Debe realizarse un esfuerzo cognitivo que trascienda la simplicidad didáctica (y punitiva) propia de los órganos internacionales pero que, a la vez, sea más clara y operativa que el actual contenido del art. 301 CP. No considero necesario presentar un análisis extenso para concluir que el rechazo categórico del castigo del BdeC no es una opción

---

<sup>1004</sup> La expresión es utilizada por DEL CARPIO DELGADO. («Hacia la pancriminalización del blanqueo de capitales en la Unión Europea», *Revista penal*, (44), 2019, p. 24). Sin duda, el órgano más comprometido con la idea de *criminalización* máxima del BdeC es el GAFI. Para una descripción de sus esfuerzos por lograr el *enforcement*, la penalización de los delitos de BdeC a nivel mundial, cf. FATF, *25 years and beyond: The Financial Action Task Force setting the standards to combat money laundering and the financing of terrorism and proliferation*, 2014, p. 8.

<sup>1005</sup> En España, véase: ABEL SOUTO, «Blanqueo de dinero, reformas penales de 2015, secreto bancario y paraísos fiscales», en DEMETRIO CRESPO *et al.* (eds.), *Derecho penal económico y derechos humanos*, 2018. Desde el principio, la criminalización del BdeC y, en concreto, el tipo penal han sido objeto generado de críticas contundentes, como la formulada por MUÑOZ CONDE, quien describe a este delito en los términos de un “un monstruo jurídico, sin límites ni contornos claros y precisos, con el que cabe cometer cualquier arbitrariedad” («Consideraciones en torno al bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales», en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (eds.), *I Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero*, 2009, p. 173). Para una revisión crítica de la jurisprudencia más reciente del TS al respecto, cfr. ZARAGOZA AGUADO, «El delito de blanqueo de capitales», en VIZCAÍNO (eds.), *Tratado de Derecho Penal Económico*, 2019, pp. 1243 ss.

<sup>1006</sup> Crítico de la retórica utilizada para justificar la criminalización sin haber comprobado sus efectos potenciales, véase: ALLDRIDGE, *What went wrong with money laundering law?*, 2016, p. 17 ss., quien se refiere, en particular, al abuso de los términos “lucha” (contra el delito), dinero “sucio”, etc., en los textos que defienden la aplicación de medidas más rigurosas contra el BdeC.

realista<sup>1007</sup>. Sin importar la opinión que se tenga, debe reconocerse que los mecanismos jurídicos construidos para la prevención y el control del BdeC y la consolidación de los sistemas de *compliance* en la gestión de las entidades financieras dificultan, efectivamente, la circulación del capital ilícito, previniendo una erosión masiva del ordenamiento jurídico como consecuencia de la filtración incontrolada de redes criminales en la economía y en la estructura estatal.

Por esta razón, un análisis normativo de este delito debe tener en cuenta la realidad a la cual se aplica, condicionándose a sus expectativas y necesidades, solucionando, en el camino, las preguntas normativas que han ocupado la atención de esta investigación (es decir, ocupándose del estudio de los asuntos problemáticos de los deberes cuasi-policiales asignados a los sujetos obligados).

Así, cualquier intento de interpretación normativa del delito de BdeC tiene que considerar el entorno económico, jurídico y social en la cual se desarrolla, el crecimiento exponencial de las medidas de prevención, el rol central asignado a los sujetos obligados y las preocupaciones propias del sistema financiero. El estudio de un delito con impactos económicos y geopolíticos tan importantes no puede ser llevado a cabo, exclusivamente, desde la perspectiva de la dogmática<sup>1008</sup>.

Luego de treinta años de “experimentación” con el delito de BdeC el panorama legislativo parece estar entrando en una nueva fase, caracterizada por la búsqueda de una mayor claridad acerca de los objetivos que se persiguen, de mayor efectividad y de nuevas soluciones legislativas e institucionales. Las reformas nacionales que han ocurrido luego de la publicación de la directiva de criminalización y, sobre todo, los arriesgados modelos de reforma que se han implementando por fuera de Europa –caracterizados por la acción de jurisdicciones que comienzan a apostar por formas alternativas de definición del

---

<sup>1007</sup> Analizando la evolución histórica de las leyes nacionales contra el BdeC, es posible identificar la tendencia de los legisladores a desarrollar nuevas sanciones y tipos penales. Esta tendencia se ha extendido a ordenamientos jurídicos de todo tipo, alcanzando una dimensión mundial. MATEOS MARTÍN, «El reto de la prevención del blanqueo de capitales en un mundo globalizado», *Revista de Derecho UNED*, (12), 2013.

<sup>1008</sup> Adoptando el planteamiento formulado por SEELMANN, cualquier cambio en la realidad debe ser objeto de estudio del Derecho penal, que deberá diseñar, implementar y aplicar medidas concebidas para hacer frente al mismo. SEELMANN, «Verantwortungszuweisung, Gefahrensteuerung und Verteilungsgerechtigkeit», en SEELMANN (eds.), *Aktuelle Fragen der Rechtsphilosophie*, 2000, p. 50.

BdeC– son buenos ejemplos de lo anterior. Efectivamente, algunos países han decidido diferenciar el tratamiento jurídico de las situaciones de blanqueo-disimulación, blanqueo-ocultación o blanqueo-posesión<sup>1009</sup>; otras jurisdicciones han creado tipos de infracción del deber de información<sup>1010</sup> y, muchas otras, se han decantado por limitar el castigo del autoblanqueo<sup>1011</sup>. Las condiciones están dadas para impulsar la reformulación doctrinal del delito de BdeC. Esta reformulación debe implicar la creación de nuevos tipos penales definitorios, con objetivos de incriminación claros, extraídos de la realidad a la que habrán de aplicarse. Principalmente, tipos que se encuentren ajenos a discusiones bizantinas que, como se ha demostrado, no han generado hasta ahora mejoras sustanciales.

Las reformas que se están llevando a cabo en muchos ordenamientos de nuestro entorno son, a mi juicio, señal de cambios significativos en la forma de organización del sistema de prevención del BdeC. Los conflictos jurídicos provocados por la implementación, cada vez más frecuente, de medidas de prevención son evidentes, en especial en lo que tiene que ver con los sistemas de protección de datos y con la actuación de las Unidades de Inteligencia Financiera<sup>1012</sup>. Al mismo tiempo, las estrategias de cooperación con el sector

---

<sup>1009</sup> Cf. Perú, Ley 27.765, Ley penal contra el lavado de activos. Indirectamente, el modelo de delito propuesto por la Directiva Europea de criminalización, diferencia claramente tres formas o fases del blanqueo: conversión/transferencia, disimulación y posesión/uso de valores de procedencia ilícita. Cf. Directive (eu) 2018/1673 of the european parliament and of the council of 23 October 2018 on combating money laundering by criminal law. Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L\\_.2018.284.01.0022.01.ENG](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2018.284.01.0022.01.ENG), último acceso el 04.12.2020.

<sup>1010</sup> Véase el art. 305 ter del Código Penal Suizo y la reforma llevada a cabo en el Reino Unido por la POCA, *Proceeds of Crime Act*, que utiliza siete tipos penales distintos para definir todos los actos de blanqueo de capitales, e incluye dos tipos penales específicos (arts. 3030 y 331) para castigar la infracción de los deberes de comunicación de los sujetos obligados. Para más detalles, Cf. LEVI/GELEMEROVA, «The Anti-Money Laundering Architecture of the United Kingdom», en MAILLART/VOGEL (eds.), *National and international anti-money laundering law*, 2020, pp. 657 ss.

<sup>1011</sup> El proyecto de reforma del tipo penal de BdeC de Alemania (art. 261 StGB) prevé castigar el autoblanqueo solamente en la hipótesis de reinserción de los valores blanqueados en la economía, es decir, en la última fase del proceso de blanqueo: “§261, (6) *Wer wegen Beteiligung an der Vortat strafbar ist, wird nach den Absätzen 1 bis 5 nur dann bestraft, wenn er den Vermögensgegenstand in den Verkehr bringt und dabei dessen rechtswidrige Herkunft verschleiert.*” Disponible en: [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE\\_Geldwaesche\\_Bekaempfung.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Geldwaesche_Bekaempfung.pdf?__blob=publicationFile&v=2), último acceso el 04.12.2020.

<sup>1012</sup> Cf. VOGEL, «Reinventing EU anti-money laundering», en MAILLART/VOGEL (eds.), *National and international anti-money laundering law*, 2020, p. 935 ss. Sobre el aumento del uso de los servicios de inteligencia para la prevención de delitos con rendimientos económicos, cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, «El papel de los servicios de inteligencia en la investigación desde la perspectiva de un derecho penal global», en NIETO MARTÍN/GARCÍA MORENO (eds.), *Ius Puniendi y Global Law*, 2019, p. 524.

privado para la prevención de delitos económicos son una práctica cada vez más común<sup>1013</sup>.

La práctica del control del BdeC y la investigación periodística dejan claro que, tomando como punto de partida los grandes escándalos de BdeC revelados en los últimos años (piénsese, por ejemplo, en los Papeles de Panamá, los FinCen Files<sup>1014</sup> y muchos otros escándalos que involucran a importantes instituciones financieras con presencia internacional<sup>1015</sup>) existe un acentuado interés estatal de prevención y limitación de estas prácticas. Sin embargo, también es evidente que el sistema de prevención que se ha puesto en práctica es incapaz de servir como barrera para disminuir la permeabilidad del sistema financiero frente a los flujos de capitales ilícitos. En especial, los casos mediáticos más importantes se caracterizan por el papel que han jugado las instituciones financieras en la facilitación de la realización de transacciones con capital ilícito, convirtiéndose por esto en las principales destinatarias de los cambios legislativos desarrollados a nivel europeo<sup>1016</sup>. En cualquier caso, no hay que desconocer que el castigo de los sujetos obligados como consecuencia del BdeC se encuentra en una zona fronteriza, en un entorno gris en el que entran en conflicto el deber de control estatal del delito y la libertad y estabilidad de los negocios y los mercados financieros.

Obviamente, ningún Estado contemporáneo estaría dispuesto a limitar sustancialmente las actividades de su sistema bancario con la única intención de

---

<sup>1013</sup> En este sentido, NIETO MARTÍN, «Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación la lucha por la información en el proceso penal», *La Ley*, (8120), 2013, p. 3.

<sup>1014</sup> El último caso que ha llamado la atención de la prensa tiene que ver con la filtración de documentos que hacen parte de los archivos de la Unidad de Inteligencia Financiera de EEUU, el FinCen, por parte del consorcio internacional de periodistas investigativos. Para acceder a la totalidad de los documentos procesados por el consorcio de periodistas investigativos hasta la fecha, véase: <https://www.icij.org/investigations/fincen-files/explore-the-fincen-files-data/>, último acceso el 04.12.2020.

<sup>1015</sup> Incluyendo ejemplos adicionales, vid. NAHEEM, «AML compliance – A banking nightmare? The HSBC case study», *International Journal of Disclosure and Governance*, (12 - 4), 2015, p. 301.

<sup>1016</sup> Véase, por ejemplo, el Proyecto español para la creación del registro nacional de titularidad real, así como para reforzar el contenido de la 5ª Directiva Europea, buscando permitir un mayor intercambio de informaciones sobre operaciones sospechosas entre los sujetos obligados y el Estado, así como entre grupos de sectores obligados. Cfr. Disposición adicional tercera del Anteproyecto de ley que modifica la L.O. 10/2010. Disponible en: [https://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/ministerio/participacion\\_publica/audiencia/ficheros/ECO\\_TES\\_20200612\\_AP\\_V\\_Directiv\\_Blanqueo.pdf](https://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/ministerio/participacion_publica/audiencia/ficheros/ECO_TES_20200612_AP_V_Directiv_Blanqueo.pdf), último acceso el 04.12.2020.

restringir el ingreso de capital ilícito en sus fronteras<sup>1017</sup>. Sin embargo, el desarrollo de labores de prevención del delito se fundamenta en la atribución de deberes de diligencia debida y de información al sector financieros y a los demás sujetos obligados, ubicándolos en una situación jurídica compleja: deben debatirse entre el ejercicio de su derecho a operar en un sector de elevado riesgo de incorporación de valores ilícitos y el cumplimiento de su deber de abstenerse de llevar a cabo operaciones el blanqueo y de colaborar con la labor investigativa del Estado. En definitiva, los sectores regulados son el escenario perfecto para la realización de operaciones de blanqueo y, por ello, se encuentran en el centro de las actividades de investigación policiales tendientes a determinar su posible participación en el favorecimiento del blanqueo de terceros. Al mismo tiempo, son la parte que cuenta con las mejores condiciones para facilitar dichas investigaciones. A razón de ello, se hallan en una *doble* posición jurídica que se encuentra definida por el Derecho público (no blanquear y, a la vez, ayudar al Estado) y que debería ser reconocida al momento de redactarse el tipo penal que ocupa nuestra atención y de realizarse el proceso de imputación de responsabilidad penal.

Algunos elementos adicionales, relacionados con cambios sustanciales que se han originado en el campo de las estructuras tributarias nacionales y regionales, al igual que en los mecanismos de supervisión financiera, apoyan directamente la idea de acuerdo con la cual estamos en el momento perfecto para repensar el modelo de criminalización del BdeC. Como ya se mencionó en otro momento, eventos trascendentales como la crisis bancaria de 2012 y sus efectos sobre la regulación del flujo de capitales, o la denominada burbuja inmobiliaria que sigue afectando a importantes ciudades en todo el mundo –y que, además, se encuentra estrechamente relacionada con los fenómenos de especulación derivados de la filtración de capitales ilícitos en este sector<sup>1018</sup>– deben llamar la atención y generar un cambio de perspectiva. Algunas iniciativas actuales parecen reflejar este cambio: en efecto, en términos de regulación, la crisis económica dio lugar a

---

<sup>1017</sup> Sin embargo, la sanción administrativa impuesta a un banco como consecuencia de la infracción de medidas de diligencia debida puede implicar la prohibición de actuar en ciertos mercados o, incluso, la insolvencia de la entidad. Estas consecuencias jurídicas pueden generar daños graves a las economías de menor escala.

<sup>1018</sup> De forma detallada, acerca de la distorsión de precios en el mercado inmobiliario como consecuencia de la realización de operaciones de blanqueo de capitales, vid. DE SANCTIS, *International money laundering through real estate and agribusiness: a criminal justice perspective from the “Panama Papers,”* 2017, p. 17 ss.

la creación del Mecanismo Único de Supervisión<sup>1019</sup>, justificó el reforzamiento de las funciones de supervisión de la Unión Europea a través de la Autoridad Bancaria Europea (EBA)<sup>1020</sup> y ha dado lugar a la discusión acerca de la necesidad de crear una Unidad de Inteligencia Financiera Europea<sup>1021</sup>. En este escenario, los daños a la reputación de las instituciones financieras, al igual que las importantes sumas de dinero que han tenido que pagar como consecuencia de la imposición de sanciones administrativas por su participación en esquemas de blanqueo, han ubicado a la prevención de este fenómeno criminal en el centro de las consideraciones del Banco de Europa. Este órgano pasará a utilizar las medidas de prevención del blanqueo como criterio para evaluar y calificar la solvencia y operación de las entidades sometidas a su control<sup>1022</sup>.

---

<sup>1019</sup> *SSM, Single Supervisory Mechanism*. El Banco Central de Europa justifica la creación del SSM de la siguiente forma: “The recent financial crisis has shown how quickly and forcefully problems in the financial sector can spread, especially in a monetary union, and how such problems directly affect people across Europe. The purpose of European banking supervision is to help rebuild trust in the European banking sector and increase the resilience of banks.” Disponible en: <https://www.bankingsupervision.europa.eu/about/thessm/html/index.en.html>, último acceso el 04.12.2020. De forma más detallada, véase: ATHANASSIOU, «The evolving role of central banks in banking supervision», en JUNG/SCHWARZE (eds.), *Finanzmarktregulierung in der Krise*, 2013, p. 78; BAUERSCHMIDT, «Die einheitliche Bankenabwicklungsmechanismus: Legalität und Legitimation einer neuartigen Konstruktion», en BAUERSCHMIDT *et al.* (eds.), *Konstitutionalisierung in Zeiten globaler Krisen*, 2015, p. 368.

<sup>1020</sup> La *European Banking Authority* (EBA) tiene la función de coordinar y monitorear a todos los proveedores de servicios financieros a nivel europeo, tomando como parámetro de evaluación el cumplimiento de las normas europeas. A partir de la expedición de la Regulación (EU) 2019/2175 también debe verificar el cumplimiento de las normas de prevención del BdeC.

<sup>1021</sup> Según lo que se ha planteado en el Action Plan para la prevención del BdeC, publicado el 07.05.2020. Cf. COMISIÓN EUROPEA. *Communication from the Commission on an Action Plan for a comprehensive Union policy on preventing money laundering and terrorist financing*, p. 8. Al respecto, afirma el documento: “Supervision sits at the heart of an effective AML/CFT framework. The importance of adequate supervision was confirmed in the AML package of July 2019, where the analysis of several money laundering cases revealed significant shortcomings with respect to credit institutions’ risk management and their surveillance by both AML/CFT and prudential supervisors. At the same time, recent alleged money laundering cases brought to light by investigative media outlets also point to flawed supervision of non-financial entities”. Disponible en: [https://ec.europa.eu/finance/docs/law/200507-anti-money-laundering-terrorism-financing-action-plan\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/finance/docs/law/200507-anti-money-laundering-terrorism-financing-action-plan_en.pdf), último acceso el 04.12.2020.

<sup>1022</sup> El Considerando n. 19 y el art. 57 a, 2 (b) de la 5ª Directiva antiblanqueo resaltan la necesidad del intercambio de informaciones entre las Unidades de Inteligencia Financiera nacionales y los órganos de supervisión prudencial, como el Banco Central Europeo. Además, exhortan a esta última institución a tomar en consideración las medidas de prevención del blanqueo. En consecuencia, el mencionado Banco Central ha definido la adopción e implementación de las medidas de prevención de BdeC como uno de los elementos fundamentales para certificar la solidez bancaria, como lo ha afirmado un miembro del comité ejecutivo de dicho banco: “Public allegations of a bank being involved in money laundering or terrorist financing could lead to serious financial difficulties, or even cause the bank to fail, even if the allegations are later found to be exaggerated or completely unjustified.... At the same time, the prudential supervisor can use the insights gained by AML/CFT supervisors and reflect the AML/CFT-related concerns in its prudential tasks. It does so, for instance, when it grants authorisations to credit



Por estas y otras razones es evidente la importancia que el delito de BdeC ha adquirido en el escenario jurídico contemporáneo. Las fuerzas policiales, de modo general, se han especializado en la realización de investigaciones financieras, dejando en un plano secundario las tareas de obtención de pruebas relativas al delito antecedente, pues se ha comprobado que los mecanismos de investigación facilitados por la Unidad de Inteligencia Financiera son más rápidos y eficientes que los métodos tradicionales de obtención de pruebas.

En resumen: las labores de supervisión de operaciones sospechosas se han consolidado y dan forma a una nueva fase de integración y cooperación<sup>1023</sup>. Sumado a lo anterior, la legislación y los organismos de regulación son cada vez más conscientes de los posibles efectos nocivos que puede ocasionarse con la aplicación de políticas preventivas, que pueden significar la vulneración de los sistemas de protección de datos<sup>1024</sup> y de las garantías procesales de defensa. Al mismo tiempo, este tipo de políticas de prevención es visto como la herramienta perfecta para enfrentar fenómenos criminales cada vez más extendidos, como la defraudación fiscal<sup>1025</sup>.

Lo dicho hasta aquí pretende dejar claro que la distinción entre conductas de organización y colaboración debe ser el punto de partida de una reforma legislativa que tenga en cuenta la distinción existente entre las expectativas del Estado: por un lado, su interés en preservar el sistema financiero y luchar contra

---

*institutions; when it assess whether bank managers are fit and proper for their job; when it assesses acquisitions of qualifying holdings; and when it engages in ongoing supervision and the Supervisory Review and Evaluation Process*". Cf. EUROPEAN CENTRAL BANK, *Anti-money laundering and combating the financing of terrorism – recent initiatives and the role of the ECB*. Disponible en: <https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2019/html/ecb.sp191115~4369baad76.en.html>. Publicado el 15.11.2019, último acceso el 04.12.2020.

<sup>1023</sup> Cfr. BRODOWSKI, «Sanction regimes by the European Central Bank, European Securities and Markets Authority and World Bank - examples for an emerging global criminal justice?», en NIETO MARTÍN/GARCÍA MORENO (eds.), *Ius Puniendi y global law*, 2019, p. 194 ss.

<sup>1024</sup> En el informe final que recoge las conclusiones de una exhaustiva investigación dirigida por el Instituto Max Planck se menciona, de forma vehemente, que las actividades de recaudación y mantenimiento de datos –para para satisfacer las exigencias de las medidas de diligencia debida y de información a la Unidad de Inteligencia Financiera– constituyen, en verdad, una forma de vigilancia policial secreta: “*this performance of CDD must already be categorised as essentially constituting secret surveillance*”. Cf. VOGEL, en MAILLART/VOGEL (eds.), *National and international anti-money laundering law*, 2020, p. 907.

<sup>1025</sup> Véase, concretamente, la disposición del Real Decreto 304/2014 acerca de los informes de operaciones sospechosas elaborados por el Sepblac, que señala en el art. 67.4 “el Servicio Ejecutivo de la Comisión podrá trasladar a la Agencia Estatal de Administración Tributaria aquellos informes en los que se aprecie la existencia de información con trascendencia tributaria y atenderá las peticiones de información de las autoridades legalmente habilitadas”.

la criminalidad organizada y, por otro, su necesidad de involucrar a los particulares en la realización de estas tareas mediante la asignación de diferentes tipos de deberes. Un buen ejemplo, que puede orientar la realización de una reforma legislativa completa, viene dado por las legislaciones que han adoptado una modalidad de deber de denuncia específico asignado a los sujetos obligados. Esta ha sido la opción adoptada históricamente por la legislación suiza y, más recientemente, también por el Reino Unido y Perú.

## 2.1. Deber de información como tipo especial en el Derecho comparado

Soy consciente de que, para que sus conclusiones sean realmente sólidas, un estudio de Derecho comparado acerca del funcionamiento de un ordenamiento jurídico determinado requiere de argumentos más elaborados que las ideas extraídas a partir del simple análisis del texto legal. A pesar de lo anterior, teniendo en cuenta que el sistema de prevención del BdeC está bastante estandarizado a nivel mundial, creo que es posible interpretar, cuidadosamente, las previsiones contenidas en ciertos sistemas extranjeros, sin correr el riesgo de obviar muchos de sus detalles. Por esta razón, los párrafos que a continuación se presentan abordan el estudio algunos tipos penales que han adoptado una división de las conductas punibles de los sujetos obligados, en el marco del denominado tipo de aislamiento. Se trata, específicamente, de tipos penales complementarios a la tipificación del BdeC, que castigan expresamente la omisión de los sujetos obligados de colaborar con las tareas de prevención de este delito. La idea que subyace a este análisis comparado es encontrar elementos, provenientes de ordenamientos en los cuales tal vez hayan funcionado, que puedan ser útiles para diseñar una posible reforma del tipo penal español, que se tenga en cuenta la posición, características y actividades de los sujetos obligados.

La solución adoptada por el Código penal suizo resulta especialmente interesante para dar inicio a este análisis. Se trata, en términos generales, de una idea que coincide, en gran parte, con la defensa de la autonomía de los deberes de colaboración que tienen los sujetos obligados frente al Estado en la prevención y persecución del BdeC. Suiza criminalizó el delito de BdeC por primera vez en 1989 (art. 305 *bis*), añadiendo, solo un año después un tipo penal específico dirigido a castigar la infracción de los deberes de prevención de las instituciones

financieras (art. 305 *ter*). El *nomen iuris* del art. 305 *ter*<sup>1026</sup> explica perfectamente el contenido del tipo: “Medidas insuficientes de cuidado de las instituciones financieras y derecho de información”. Se trata, evidentemente, de un tipo penal especial propio<sup>1027</sup>, que castiga –con pena muy inferior a la pena utilizada para castigar el blanqueo<sup>1028</sup>– a las instituciones financieras que no hayan informado adecuadamente sobre la identificación de transacciones sospechosas de BdeC o que no hayan identificado de forma debida a un cliente (en otras palabras, que no hayan adoptado medidas suficientes de diligencia debida).

Debe recordarse que el ordenamiento jurídico suizo contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas, adoptando para ello un modelo de *numerus clausus*<sup>1029</sup>. Según el art. 102. 2 StGB-CH<sup>1030</sup>, la persona jurídica será responsable por la comisión de un delito cuando sus problemas de organización dificulten la identificación del autor real del delito. Según la interpretación más común defendida en la literatura especializada de este país, no se trata de una

---

<sup>1026</sup> Art. 305ter StGB: *Mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften und Melderecht*. 1 Wer berufsmässig fremde Vermögenswerte annimmt, aufbewahrt, anlegen oder übertragen hilft und es unterlässt, mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt die Identität des wirtschaftlich Berechtigten festzustellen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft. 2 Die von Absatz 1 erfassten Personen sind berechtigt, der Meldestelle für Geldwäscherei im Bundesamt für Polizei Wahrnehmungen zu melden, die darauf schliessen lassen, dass Vermögenswerte aus einem Verbrechen herrühren.

<sup>1027</sup> Así, TAUBE, *Entstehung, Bedeutung und Umfang der Sorgfaltspflichten der Schweizer Banken bei der Geldwäschereiprävention im Bankenalltag*, 2013, p. 99.

<sup>1028</sup> Las penas estipuladas para el delito de BdeC son relativamente bajas en Suiza, si se les compara con aquellas definidas por el Código penal español. Tanto en el tipo penal de blanqueo (art. 305 bis) como en el tipo especial de las instituciones financieras (art. 305 *ter*) llama la atención la falta de previsión de una pena mínima. La pena máxima por la comisión del blanqueo es de hasta 3 años, mientras que la pena máxima prevista por el art. 305 *ter* es de un año.

<sup>1029</sup> Según el art. 102. 2 del Código Penal suizo, la responsabilidad penal de las personas jurídicas se limita, exclusivamente, a los delitos de organización criminal (art. 260 *ter*), financiación del terrorismo (art. 260 *quinquies*), blanqueo de capitales (art. 305 *bis*), incumplimiento de los deberes de prevención del blanqueo por las instituciones financieras (art. 305 *ter*), corrupción activa (art. 322 *ter*), corrupción pasiva (art. 322 *quinquies*), corrupción de funcionarios públicos internacionales (art. 322 *septies*) y corrupción privada (art. 322 *octies*). Todo ello, en el supuesto en el que los delitos hayan sido cometidos como consecuencia de la falta de adopción, por parte de la empresa, de las medidas de organización internas, razonables y necesarias para prevenir el delito. (Art. 102.2: “2 If the offence committed falls under Articles 260ter, 260quinquies, 305bis, 322ter, 322quinquies, 322septies paragraph 1 or 322octies, the undertaking is penalised irrespective of the criminal liability of any natural persons, provided the undertaking has failed to take all the reasonable organisational measures that are required in order to prevent such an offence).

<sup>1030</sup> En la traducción oficial del Código Penal suizo al inglés, art. 102 StGB- CH: “Art. 102. 1 If a felony or misdemeanour is committed in an undertaking in the exercise of commercial activities in accordance with the objects of the undertaking and if it is not possible to attribute this act to any specific natural person due to the inadequate organisation of the undertaking, then the felony or misdemeanour is attributed to the undertaking. In such cases, the undertaking is liable to a fine not exceeding 5 million francs (...)”.

responsabilidad por la desorganización “en sí” de la empresa, sino por el hecho de no contar con mecanismos capaces de identificar las fallas o “lagunas” del sistema que permitieron la comisión del delito por parte de la persona física, dificultando (o, dicho de otra forma, “no colaborando” con) las labores de investigación de los órganos públicos<sup>1031</sup>. En esta misma línea argumentativa, el legislador suizo reconoció que de dicho tipo penal se enfocaba, especialmente, en regular las infracciones cometidas por los bancos (persona jurídica) y, solo en menor medida, por aquellas de sus empleados<sup>1032</sup>.

Lo que realmente llama la atención de este sistema de atribución de responsabilidad es que, definiendo la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se logró excluir la incriminación del BdeC imprudente<sup>1033</sup>, sin que, por ello, dejaran de castigarse las conductas de los sujetos obligados que incumplen con sus obligaciones de prevención del blanqueo. Así, en lugar de incluir la comisión del BdeC por imprudencia grave<sup>1034</sup> (como sí hicieron España y Alemania) y tener que enfrentarse con el complejo –y, además, poco fructífero– debate doctrinal acerca del contenido de la imprudencia o de la delimitación del grupo de destinatarios de esta disposición, el legislador suizo se decantó por la adopción de una norma directa y clara, orientada a regular los deberes penales especiales de los sujetos obligados que representan un mayor riesgo de blanqueo<sup>1035</sup>. Simultáneamente, el legislador reforzó el deber de los sujetos obligados de colaborar con la Administración de Justicia, así como el deber positivo –previsto en la norma administrativa– que obliga a identificar a los

---

<sup>1031</sup> Cfr. ACKERMANN, «“Tatbestandsmässigkeit”», en ACKERMANN/HEINE (eds.), *Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz*, 2013, nm. 43 ss.

<sup>1032</sup> Cfr. ACKERMANN, «Geldwäscherei», en SCHMID (eds.), *Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei. Kommentar*, 1998, nm. 66.

<sup>1033</sup> TRECHSEL afirma haber estado presente en los debates legislativos sobre la incriminación del BdeC en este país y señala que: “Art. 305 *ter* wurde als Alternative zu einem Tatbestand der ‘grob-fahrlässigen Geldwäscherei’”. TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, «§305 *ter*», en PIETH/TRECHSEL (eds.), *Schweizerisches Strafbuch. Praxiskommentar*, 2ª ed., 2013, nm. 1.

<sup>1034</sup> Suíza prevé en la Ley de Blanqueo que la “no-información” imprudente por parte de los bancos será sancionada con la imposición de una multa (art. 37 GwG – CH). Vid. REINLE, *Die Meldepflicht im Geldwäschereigesetz: Die Banken im Spannungsfeld zwischen Geldwäschereibekämpfung und Vertrauensverhältnis zum Bankkunden*, 2007, p. 2.

<sup>1035</sup> ACKERMANN señala que: “Würden etwa StGB 305 *bis* und 305 *ter* als Fahrlässigkeitsdelikte verstanden, wäre deren Wirkung kontraproduktiv, denn um sich nicht selber der Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung wegen fahrlässiger Geldwäscherei auszusetzen, würde der Bankmitarbeiter von seinem Schweigerecht als (Be- oder Angeschuldigter) oder Aussageverweigerungsrecht (als Zeuge) Gebrauch machen. Deshalb sind sowohl StGB 305 *bis* und 305 *ter* als Vorsatzdelikte formuliert”. ACKERMANN, en SCHMID (eds.), *Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei. Kommentar*, 1998, nm. 64.

clientes y transacciones (informando a las autoridades competentes en caso de sospecha) y a adoptar las medidas de prevención que sean necesarias.

De acuerdo con la doctrina suiza construida al respecto, el elemento realmente relevante para la prevención del BdeC es, en definitiva, el conjunto de deberes de identificación del cliente y de entrega de información a las autoridades<sup>1036</sup>. Por esta razón, la incriminación de su infracción, a través de un tipo autónomo, parece ser la opción más acertada.

En efecto, la doctrina suiza entiende la no-colaboración del art. 305 *ter* StGB-CH como un delito de peligro abstracto en contra de la Administración de Justicia<sup>1037</sup>: el incumplimiento de los deberes administrativos de prevención e información debilita sustancialmente el potencial investigativo requerido para permitir a los órganos competentes descubrir los orígenes reales del capital. En estos términos, resulta irrelevante saber si la operación no identificada por el banco presenta o no las características de una operación de blanqueo. El objetivo real del tipo penal es reforzar el deber de los sujetos obligados, consistente en cumplir correcta y exhaustivamente sus tareas de adopción de medidas de diligencia debida, de identificación del cliente y de remisión de información sobre operaciones sospechosas a la Unidad de Inteligencia Financiera<sup>1038</sup>. Como consecuencia de lo anterior, los casos de castigo de los sujetos obligados, por haber desarrollado actividades de blanqueo en comisión por omisión, deben limitarse a aquellas omisiones relevantes de los funcionarios públicos encargados de perseguir este delito, así como a las omisiones de los sujetos obligados que configuren una verdadera organización de blanqueo, contando con una relación de dominio integral sobre el proceso de disimulación del capital ilícito<sup>1039</sup>.

---

<sup>1036</sup> Así sostienen STRATENWERTH/WOHLERS, «§ 305 *ter*», *Schweizerisches StGB - Handkommentar*, 2013, nm. 1. En el mismo sentido, ACKERMANN: “Von Beginn an stand aber fest, dass ohne Identifizierungs- Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten der Privatwirtschaft ein Straftatbestand gegen Geldwäscherei unwirksam bleiben würde”. ACKERMANN, en SCHMID (eds.), *Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei. Kommentar*, 1998, nm. 69.

<sup>1037</sup> Vid. TAUBE, *Entstehung, Bedeutung und Umfang der Sorgfaltspflichten der Schweizer Banken bei der Geldwäschereiprävention im Bankenalltag*, 2013, p. 100; PIETH, «§305 *ter*», en PIETH/TRECHSEL (eds.), *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Praxiskommentar*, 2ª ed., 2013, nm. 1.

<sup>1038</sup> TAUBE, *Entstehung, Bedeutung und Umfang der Sorgfaltspflichten der Schweizer Banken bei der Geldwäschereiprävention im Bankenalltag*, 2013, p. 100.

<sup>1039</sup> De forma detallada, acerca de la jurisprudencia suiza al respecto, vid. MAILLART, «Switzerland», en MAILLART/VOGEL (eds.), *National and international anti-money laundering law*, 2020, p. 546.

Es más que conocida la reputación que tiene Suiza, país denominado como la capital mundial de grandes fortunas –no siempre de origen lícito–, como consecuencia de sus especiales leyes de secreto bancario y de depósitos en cajas de seguridad anónimas numeradas. Este historial y la intención de mejorar la reputación del sistema han justificado el refuerzo de los deberes de prevención asignados a los bancos por vía de los dos tipos penales que se ha descrito<sup>1040</sup>.

De hecho, el país alpino ha venido adoptando mecanismos, cada vez más severos, para preservar la integridad de su sistema financiero, concretamente mediante la implementación de reformas de la Ley de BdeC, dirigidas a unificar su contenido con las recomendaciones del GAFI<sup>1041</sup>. Como lo han reconocido representantes del Tesoro nacional, desde 2016 la prevención del BdeC y del fraude fiscal han sido incluidas dentro de las 5 prioridades nacionales más relevantes en materia de gestión del sistema financiero<sup>1042</sup>.

Analizándolo en este contexto, el art. 305 *ter* StGB-CH (tipo subsidiario del deber de información) se encuentra en una relación de dependencia funcional frente al tipo del art. 305 *bis* StGB-CH (blanqueo de capitales) –aunque ambos tipos se encuentren vinculados forma indirecta–. En efecto, de un lado se encuentra la prohibición del BdeC y, de otro, la promoción –por vía del Derecho penal– del cumplimiento de deberes administrativos<sup>1043</sup> (positivos<sup>1044</sup>) de

---

<sup>1040</sup> Cfr. PIETH, «vor §305 bis», en NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (eds.), *Strafrecht II. Basler Kommentar*, 2ª ed., 2007, nm. 40; TAUBE, *Entstehung, Bedeutung und Umfang der Sorgfaltspflichten der Schweizer Banken bei der Geldwäschereiprävention im Bankenalltag*, 2013, p. 66.

<sup>1041</sup> Suiza fue evaluada por el GAFI en 2016, órgano que manifestó que este país presentaba fallos en el cumplimiento de obligaciones destinadas a facilitar el intercambio de informaciones entre Unidades de Inteligencia Financiera, en los procesos de identificación de titulares reales y en la supervisión general de la integridad del sistema financiero. Tras conocerse los resultados de esta evaluación el país aprobó reformas a la Ley de blanqueo –además, se espera la aprobación de nuevas reformas en un futuro próximo–. (Vid. FATF, *Mutual Evaluation Report Switzerland*, Paris, 2016. Disponible en: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/content/images/mer-switzerland-2016.pdf>. Último acceso el 04.12.2020.)

<sup>1042</sup> Así, FEDERAL DEPARTMENT OF FINANCE, *Financial market policy for a competitive Swiss financial centre. Federal Council report*, Bern, 2016. Disponible en: [https://www.bundespublikationen.admin.ch/cshop\\_mimes\\_bbl/8C/8CDCD4590EE41ED6A8B20328CF64B9CD.pdf](https://www.bundespublikationen.admin.ch/cshop_mimes_bbl/8C/8CDCD4590EE41ED6A8B20328CF64B9CD.pdf). Último acceso el 04.12.2020.

<sup>1043</sup> Vid. ACKERMANN, en SCHMID (eds.), *Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei. Kommentar*, 1998, nm. 69.

<sup>1044</sup> A pesar de que el tipo esté redactado como un tipo de omisión propia –omisión del deber de identificar al cliente y de reportar a la Unidad de Inteligencia Financiera– la doctrina entiende que se trata de un delito activo (recibir, poseer, o transferir valores sin adoptar las medidas de diligencia debida o no informar a la Unidad de Inteligencia Financiera sobre operaciones sospechosas). (PIETH, «§ 305 *ter*», en PIETH/TRECHSEL (eds.), *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Praxiskommentar*, 2ª ed., 2013, nm. 5; FLACHSMANN, «§305 *ter* StGB CH», en DONATSCH *et al.* (eds.), *Schweizerisches StGB - Kommentar*,

prevención exclusivos de los sujetos obligados, de acuerdo con la ley suiza de prevención del BdeC<sup>1045</sup> (equivalente a la L.O. 10/2010). Es importante resaltar en este punto, que el deber de identificación de los clientes y las demás medidas de diligencia, son útiles para garantizar la protección la Administración de Justicia, con independencia del papel que juegan en la prevención del BdeC. El cumplimiento de este tipo de deberes permite, además, identificar titulares de cuentas no declaradas en el país de origen y descubrir esquemas de defraudación tributaria que no alcanzan a cumplir con los topes para ser considerados delitos<sup>1046</sup>.

Aunque no se repetirán las ideas planteadas al momento de estudiar los distintos núcleos de injusto del tipo de BdeC, es conveniente subrayar el hecho de que una separación de tipos penales, como la que se ha descrito en los apartados anteriores, hace más evidente la naturaleza divergente de las expectativas normativas que recaen sobre los distintos sujetos obligados, las diferencias sustanciales existentes en el contenido de los deberes que les son asignados y, por último, demuestra que los sujetos obligados se encuentran mucho más comprometidos a colaborar con el Estado, mientras que su relación con el núcleo del BdeC (es decir, con la disimulación del origen del capital ilícito) es meramente funcional y complementaria.

Es justo decir que Suiza fue el primer país en reconocer esta distinción, sin embargo, no es el único país de nuestro entorno jurídico que ha dado un paso en esta dirección. Desde 2002 el Reino Unido ha adoptado una regulación semejante, castigando de forma separada –como tipos autónomos y con penas distintas– las conductas de disimulación y las infracciones de medidas de prevención e información por parte de los sujetos obligados. La “Ley de los productos del delito”, *Proceeds of Crime Act (POCA)*<sup>1047</sup> castiga de forma

---

2009, nm. 2). Sin embargo, como bien lo ha identificado ROBLES PLANAS, es irrelevante la forma en la que ontológicamente sean infringidos los deberes positivos o negativos (acción u omisión). Sin embargo, a mi juicio, no hay inconveniente en determinar que, evidentemente, se trata de un deber positivo. (InDret, (4), 2013) También lo considera de esta forma BERMEJO (*Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 310).

<sup>1045</sup> GwG - *Geldwäschereigesetz*, de 10.10.1997, actualizada por última vez el 18.02.2020. Disponible en: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19970427/index.html#fn1> último acceso el 04.12.2020.

<sup>1046</sup> Cfr. ACKERMANN, *Geldwäscherei - Money Laundering. Eine vergleichende Darstellung des Rechts und der Erscheinungsformen in den USA und der Schweiz*, 1992, p. 168.

<sup>1047</sup> La ley fue publicada en 2002 y reformada en 2017 y 2019, siendo adaptada a las exigencias de las Directivas europeas –aún después de que el Reino Unido tomara la decisión de abandonar la Unión

independiente las conductas negligentes de los sujetos obligados del sector financiero (art. 300), y del sector no financiero (art. 301) que no informan adecuadamente a la Unidad de Inteligencia Financiera acerca de posibles operaciones sospechosas de blanqueo, o que no aplican correctamente las medidas de diligencia debida. Así, la legislación inglesa distribuye las conductas de BdeC en 6 tipos penales diferentes: los actos de disimulación (art. 327, *Concealing*), los actos preparatorios punibles de adquisición, uso y posesión que faciliten la disimulación (art. 328. *Arrangements*), los actos de aislamiento de adquisición, uso y posesión (art. 329. *Acquisition, use and possession*) – consagrando una serie de eximentes que, en la práctica, excluyen el castigo de los sujetos obligados que adquieren los bienes “*for adequate consideration*”– y, finalmente, los mencionados tipos específicos, dirigidos a regular la actuación de los sujetos obligados, que definen la omisión de informar y colaborar con la investigación realizada por la Unidad de Inteligencia Financiera y las demás autoridades competentes (arts. 330. *Failure to disclose: regulated sector*; art. 331. *Failure to disclose: nominated officers in the regulated sector*; art. 332. *Failure to disclose: other nominated officers*)<sup>1048</sup>.

En América Latina, Perú adoptó en 2012 una disposición semejante. En este ordenamiento jurídico, el Decreto Legislativo 1.106 de 2012, además de incluir en tipos distintos e independientes las conductas de blanqueo (los actos de conversión y de encubrimiento), consagra de forma específica los delitos de no colaboración de los sujetos obligados. En efecto, el art. 5 Decreto Legislativo<sup>1049</sup> castiga la omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas,

---

Europea-. Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/29/section/333B>, último acceso el 04.12.2020.

<sup>1048</sup> De forma detallada acerca de la coordinación entre estos tipos penales, vid. LEVI, «United Kingdom», en MAILLART/VOGEL (eds.), *National and international anti-money laundering law*, 2020, p. 661 ss.

<sup>1049</sup> Artículo 5º.- Omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas El que incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales, omite comunicar a la autoridad competente, las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado, según las leyes y normas reglamentarias, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, con ciento veinte a doscientos cincuenta días multa e inhabilitación no menor de cuatro ni mayor de seis años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36º del Código Penal. La omisión por culpa de la comunicación de transacciones u operaciones sospechosas será reprimida con pena de multa de ochenta a ciento cincuenta días multa e inhabilitación de uno a tres años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36º del Código Penal.



mientras que el art. 6<sup>1050</sup> de esta misma ley castiga la falta de colaboración en el envío de informaciones solicitadas por la Unidad de Inteligencia Financiera.

Sin perjuicio de lo anterior, el modelo normativo peruano de control del BdeC debe ser evaluado, a mi juicio, *cum granu salis*. El mismo incorpora un sistema de penas muy grave para los casos de no colaboración –de 4 a 8 años– y la posibilidad, defendida por parte de la doctrina, de que un mismo sujeto obligado sea castigado, al mismo tiempo, por omitir informaciones<sup>1051</sup> y por blanquear capitales cuando, en realidad, estos deberían interpretarse en una relación de consunción. Estos elementos ponen en tela de juicio el sentido de la diferenciación de conductas –más o menos graves– de BdeC. Teniendo en cuenta que la idea que aquí se defiende es que el sujeto obligado, que no colabora e infringe un deber positivo que tiene frente al Estado, incurre en una conducta que es, valorativamente hablando, menos grave que la organización del delito de BdeC, si el legislador decide castigar ambas conductas con la misma pena y, además, autoriza el castigo simultáneo por la comisión de ambas, no estará resolviendo el problema relativo a la distribución proporcional de responsabilidades y gravedad del injusto.

En este sentido, para evitar esta clase de distorsiones al momento de aplicar estos tipos penales, es importante remarcar la relación funcional que existe entre el delito de no-colaboración y el BdeC: en definitiva, ambos delitos se encuentran sometidos a una relación de especialidad. En virtud de esta relación, en las hipótesis en las que los sujetos obligados, no solo infrinjan sus deberes de colaboración, sino que también organicen o participen dolosamente en la realización de transacciones de blanqueo, los principios de consunción y

---

<sup>1050</sup> Artículo 6º.- Rehusamiento, retardo y falsedad en el suministro de información El que rehúsa o retarda suministrar a la autoridad competente, la información económica, financiera, contable, mercantil o empresarial que le sea requerida, en el marco de una investigación o juzgamiento por delito de lavado de activos, o deliberadamente presta la información de modo inexacto o brinda información falsa, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años, con cincuenta a ochenta días multa e inhabilitación no mayor de tres años de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36º del Código Penal. Si la conducta descrita se realiza en el marco de una investigación o juzgamiento por delito de lavado de activos vinculado a la minería ilegal o al crimen organizado, o si el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados es superior al equivalente a quinientas (500) Unidades Impositivas Tributarias, el agente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años, con ochenta a ciento cincuenta días multa e inhabilitación no mayor de cuatro años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36º del Código Penal

<sup>1051</sup> ASMAT COELLO, «Sobre el delito de omisión de comunicación de operaciones sospechosas en la legislación peruana de lucha contra el lavado de activos», en AMBOS *et al.* (eds.), *Lavado de activos y compliance: perspectiva internacional y derecho comparado*, 2015, pp. 421-2.

especialidad permitirán concluir que el único castigo aplicable es el correspondiente al tipo penal de BdeC.

## 2.2. Propuesta de reforma del art. 301 CP

Los ejemplos provenientes del Derecho comparado indican que la separación normativa entre conductas nucleares y accesorias de BdeC, no solo es posible, sino que cumple con las exigencias internacionales: tanto Suiza como el Reino Unido han recibido evaluaciones satisfactorias por parte de los órganos internacionales competentes<sup>1052</sup>. Es preciso remarcar que Suiza, en particular, no incrimina los actos de adquirir, poseer o utilizar bienes sospechosamente ilícitos y, pese a ello, su tipo penal ha sido evaluado como respetuoso de los compromisos y requisitos internacionales<sup>1053</sup>. Esta comprobación no hace más que recordar el carácter subsidiario que tiene el Derecho penal en el ámbito del control del BdeC. En efecto, un sistema eficiente para disminuir los índices de blanqueo depende, en primer lugar, de la aplicación de un conjunto de normas administrativas y de la actuación eficiente de la Unidad de Inteligencia Financiera. El Derecho penal, en este escenario, es un instrumento *secundario* que no debe ser cargado con expectativas desproporcionadas. Al respecto, es conveniente retomar la idea de acuerdo con la cual Derecho penal se está convirtiendo en una *herramienta de apoyo regulatorio* que hace parte de un sistema de prevención del blanqueo mucho más amplio<sup>1054</sup>. Desde esta lógica, la relevancia práctica del tipo penal consiste, principalmente, en posibilitar la utilización de ciertas técnicas procesales de investigación que pueden facilitar el seguimiento de flujos de capitales ilícitos y su posterior decomiso. Esto no quiere decir que, entre más amplio sea al ámbito de aplicación del tipo penal, mejores serán los índices de control de los capitales ilícitos. En definitiva, el sistema de prevención administrativo y la estructura de deberes asignados a los sujetos

---

<sup>1052</sup> El Reino Unido fue evaluado en 2018 y su definición penal de blanqueo fue considerada adecuada, “compliant”, a los estándares internacionales. (vid. FATF, *Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures – United Kingdom, Fourth Round Mutual Evaluation Report*, 2018, p. 177. Disponible en: <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer4/MER-United-Kingdom-2018.pdf> último acceso el 04.12.2020). Suiza fue evaluada en 2016 y su tipo penal ha fue catalogado como “largely compliant” –altamente adecuado– a los parámetros internacionales. (vid. FATF, *Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures – Switzerland, Fourth Round Mutual Evaluation Report*, 2016, p. 160. Disponible en <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/content/images/mer-switzerland-2016.pdf> (último acceso el 04.12.2020).

<sup>1053</sup> Como subraya MAILLART, «Switzerland», en MAILLART/VOGEL (eds.), *National and international anti-money laundering law*, 2020, pp. 637-639.

<sup>1054</sup> Vid. *supra*, Parte II.

obligados y a los funcionarios que se desenvuelven en el ámbito preventivo son factores determinantes, no solo del éxito en las tareas de interceptación de flujos de capitales ilícitos, sino también –en términos pragmáticos– de la adecuación del sistema de control a las exigencias internacionales.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, y recordando el análisis tripartito del delito que se ha presentado en el apartado anterior, la reforma legislativa que considero adecuada debe partir del reconocimiento de la distinción existente entre los actos de organización del blanqueo y la infracción de deberes de colaboración con la Administración de Justicia. Concretamente, la infracción de deberes de información y denuncia y de deberes de aplicación de medidas de diligencia debida sobre el cliente. En mi opinión, los actos de adquisición, posesión o uso (actos de aislamiento) de valores de origen ilícito en el ejercicio profesional *deben ser excluidos del tipo penal*. No obstante, esta propuesta no implica la descriminalización completa de estas conductas. Más bien, requiere castigarlas únicamente cuando pueda comprobarse su relevancia penal, esto es, cuando sea cierto que han sido realizadas con el sentido exclusivo de facilitar o participar en el delito de terceros –en otras palabras, cuando sean formas de participación o de tentativa del blanqueo-organización–. Cualquier análisis que nos ubique por fuera de esta hipótesis debe llevarnos a afirmar que, la simple prohibición de la adquisición, posesión o uso de valores potencialmente ilícitos representa una restricción exagerada a la libertad profesional de los sujetos obligados a cumplir con un deber de lealtad frente a la Administración de Justicia. Debe recordarse que el castigo de este tipo de conductas cuenta con el potencial suficiente para afectar el grueso de transacciones de capitales de la sociedad bancarizada, razón adicional para adoptar criterios restrictivos que garanticen una penalización racional y limitada.

En estos términos, otra forma posible de restricción normativa del ámbito de punición de los actos de adquisición, posesión o uso es exigir que estos impliquen un resultado concreto de disimulación. Si esto se comprueba, las conductas mencionadas estarán incluidas, de nuevo, en el ámbito de protección del tipo de blanqueo-colaboración<sup>1055</sup>.

---

<sup>1055</sup> El anteproyecto de reforma del tipo penal alemán (art. 261 StGB) inicia estos esfuerzos de restringir el castigo de los actos de adquisición, posesión o uso haciendo referencia al resultado concreto de obstaculizar o impedir el decomiso o la prueba del origen ilícito de los bienes, entendiendo al tipo penal

Dicho todo lo anterior, parece claro que la distinción –de *lege lata*– que se ha construido en torno a las conductas de blanqueo puede convertirse, perfectamente, en una propuesta de *lege ferenda*. Con una decisión de este tipo sería posible definir las normas de mandato y prohibición de los sujetos obligados, el contenido de los deberes asignados a cada uno de los intervinientes en el sistema de prevención y lucha contra el BdeC y, al mismo tiempo, facilitar la labor de la jurisprudencia al momento de delimitar las conductas punibles y determinar los marcos de pena correspondientes.

Esta propuesta toma como punto de partida la definición del núcleo de conductas de organización del esquema de blanqueo, eligiendo aquellas que implican un mayor grado de afectación y daño a los intereses de la Administración de Justicia y que se concretan en transacciones que generan los mayores efectos criminógenos sobre la economía y sobre las instituciones públicas al permitir la filtración de capitales ilícitos y la consolidación de la criminalidad organizada en la sociedad.

A continuación, deberán castigarse, de forma independiente, las conductas correspondientes a la fase preparatoria y post-consumativa del proceso de blanqueo. Esta separación se justifica si se tiene en cuenta que la redacción actual del tipo –la prohibición de poseer, adquirir o utilizar valores sospechosos, así como del encubrimiento del autor del delito antecedente– contiene, en realidad, un deber de denuncia asignado a los sujetos obligados, que deberá operar cada vez que sospechen del origen ilícito del capital. Sin embargo, la redacción actual del BdeC –en España y en muchas otras jurisdicciones– confunde el deber de

---

como una herramienta de protección de los intereses de la Administración de Justicia en un sentido funcional. Concretamente, el anteproyecto de reforma contiene un nuevo tipo penal que castiga los actos de posesión, adquisición y uso, cuando existe conocimiento del origen ilícito al momento de realizar estos hechos y, además, cuando dichas conductas sean significativas para impedir el descubrimiento del origen ilícito, su decomiso o la investigación del delito antecedente. A continuación se transcriben los apartados mencionados: “§ 261. Wer einen Tatertrag, ein Tatprodukt oder einen an dessen Stelle getretenen anderen Vermögensgegenstand:

4. verwahrt oder für sich oder einen Dritten verwendet, wenn er dessen Herkunft zu dem Zeitpunkt gekannt hat, zu dem er ihn erlangt hat,

(2) Ebenso wird bestraft, wer Tatsachen, die für das Auffinden, die Einziehung oder die Ermittlung der Herkunft eines Vermögensgegenstands nach Absatz 1 von Bedeutung sein können, verheimlicht oder verschleiert“. El texto completo del anteproyecto de reforma del tipo penal de BdeC está disponible en la

pagina del Ministerio de Justicia alemán:  
[https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE\\_Geldwaesche\\_Bekaempfung.pdf;jsessionid=B922338F1565DC21A5649EA377EAA070.1\\_cid297?\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Geldwaesche_Bekaempfung.pdf;jsessionid=B922338F1565DC21A5649EA377EAA070.1_cid297?_blob=publicationFile&v=1)

(último acceso el 04.12.2020).

denuncia y de aislamiento (del autor del delito antecedente o de los poseedores de capital ilícito) con las intervenciones en el proceso de disimulación de bienes. Solo esta última categoría debe hacer parte del núcleo esencial del blanqueo.

Es preciso, en este punto, hacer referencia al castigo de los denominados actos preparatorios punibles. En mi opinión, este tipo de conductas solo deben ser penalizadas –de forma directa y proporcionada– en el marco de la infracción de los deberes de información y diligencia debida por parte de los sujetos obligados, excluyéndose del alcance del tipo las conductas de adquisición, posesión y uso. Como ya se ha explicado, este tipo de actos solo son relevantes, en términos del BdeC, cuando pueden vincularse, inequívocamente, con el ámbito de la organización del blanqueo y, en este caso particular, no representan más que tentativas o formas de intervención (en un sentido de *participación*) en el proceso de disimulación. Si es posible comprobar que estos actos constituyen, efectivamente, un obstáculo para la satisfacción de los propósitos de la Administración de Justicia (a saber, el decomiso de los valores ilícitos y la investigación y persecución de los autores del blanqueo o de los delitos antecedentes) y, además, que permiten desvincular el capital de su origen ilícito, estaremos entonces frente a ejemplos paradigmáticos de conductas de *disimulación*. De forma correspondiente, cuando estos actos no tengan el sentido de contribuir con la organización del blanqueo, solo generarán, en la lógica de lo que se viene diciendo, una limitación a la posibilidad de evaluar la licitud del negocio –es decir, cuando exista una sospecha acerca de la posible ilicitud–. No obstante, debe recordarse que, cuando exista una sospecha de este tipo, lo que se exige a los sujetos obligados, para definir la situación, es la aplicación de las medidas de diligencia debida. En consecuencia, la infracción de este deber de diligencia es lo que debe ser castigado por el contenido del tipo penal, no la mera tenencia de capitales sospechosos. Esta solución permite excluir a los sujetos obligados de cualquier tipo de responsabilidad cuasi-policial, en los casos en los que no identifiquen o bloqueen a los blanqueadores, pero se encuentren llevando a cabo actividades normales y cotidianas de su profesión<sup>1056</sup>. Al mismo tiempo, posibilita el castigo de actos desarrollados en etapas preparatorias (de inicio de la

---

<sup>1056</sup> De modo semejante a lo afirmado por ROBLES PLANAS, cuando sostiene que “Si no se quiere que la libertad de actuación quede absolutamente comprometida la mera presencia de un sujeto decidido a cometer un delito no puede generar en los demás posiciones de garantía”. (ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, p. 314).

tentativa) con la finalidad específica de ayudar al perfeccionamiento de transacciones de blanqueo.

Finalmente –en términos conductuales– debe considerarse la conclusión del proceso delictivo: es decir, la prohibición de encubrimiento del autor del delito de blanqueo (art. 301.1 el que adquiriera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes [...] o realice cualquier otro acto [...] *para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos*). Se trata, en la lógica de la reforma que propongo, de actuaciones que, por estar dirigidas a ayudar a determinada persona a evadir las consecuencias penales de un delito que ha cometido y del cual ha obtenido un provecho económico, deben ser incluidas en un subtipo agravado del delito de encubrimiento.

Adicionalmente, serán castigadas las conductas exclusivas de los sujetos obligados que impliquen la infracción de sus deberes de información y control de los riesgos de los clientes, al igual que el incumplimiento de deberes denuncia de las operaciones realizadas por los mismos. El objetivo de esta propuesta es abolir definitivamente el castigo del blanqueo imprudente de la legislación nacional. Un tipo penal que castigue la omisión de denuncia de transacciones de blanqueo podrá ser aplicado, tanto a personas naturales, como a personas jurídicas, exigiéndose en ambos casos la sospecha razonable o el conocimiento del origen ilícito del capital, es decir, por lo menos, con dolo eventual.

Tomando como fundamento elementos extraídos de legislaciones estudiadas con una metodología de Derecho comparado, a continuación se sugiere un modelo concreto de incriminación basado en el esquema de castigos diferenciados que se describió en los párrafos inmediatamente anteriores. Esta propuesta recoge también las recomendaciones de la Directiva europea sobre el tema (Directiva de criminalización del blanqueo, 2018/1673).

(i) *Blanqueo-organización*: Será castigado con pena de (...) el que, conociendo que el origen de los bienes se encuentra en la realización de una actividad delictiva previa, cometida por él o por cualquiera tercera persona, disimular su verdadera naturaleza, origen, localización o propiedad, convertir el origen ilícito de los bienes u ocultar su verdadera naturaleza ilícita.

(ii) *Blanqueo-colaboración*:

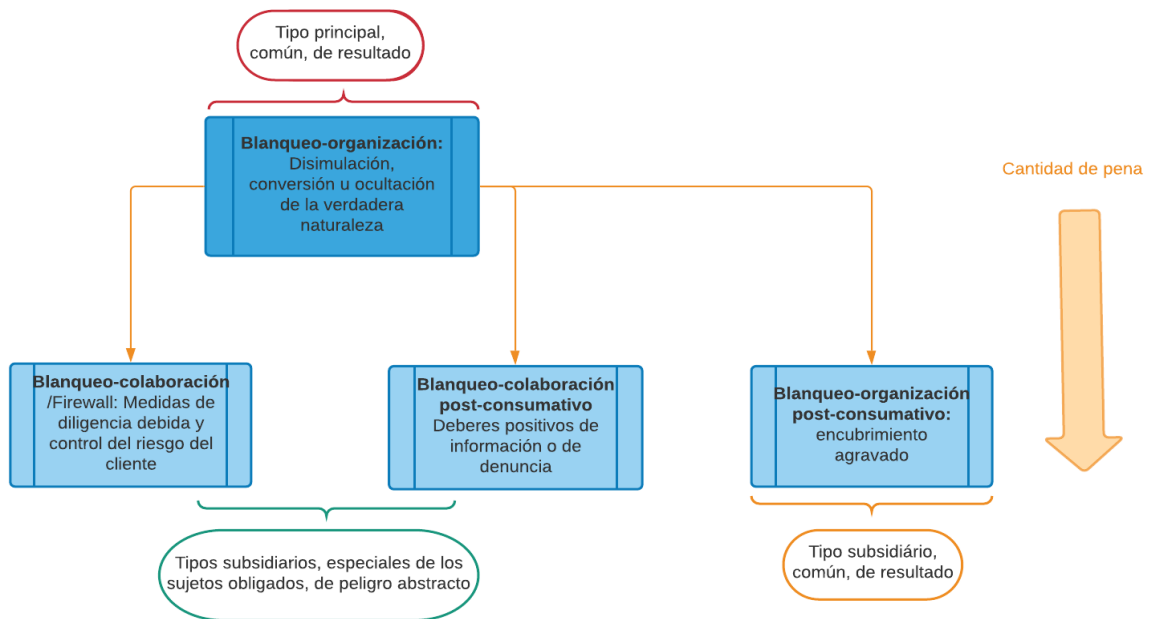
a. *Blanqueo-colaboración en la fase preparatoria: Medidas de diligencia debida insuficientes*: El que transfiera o colabore profesionalmente en la

transferencia de bienes de terceros y omita comprobar la identidad de los beneficiarios económicos, de conformidad con las medidas de diligencia obligatorias, será sancionados con una pena de (...).

- b. *Blanqueo-colaboración en la fase post-ejecutiva: Deber de información:* Con las mismas penas se sancionará a quien, incumpliendo los deberes administrativos de prevención, omita comunicar a la autoridad competente sobre las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado.

- (iii) *Blanqueo organización post ejecutivo: Tipo de encubrimiento agravado – art. 451:* El que adquiriera, posea o utilice bienes a sabiendas de su origen ilícito, con la finalidad de ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones antecedentes a evadir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con una pena de (...)

Este razonamiento puede ilustrarse de la siguiente forma:



Puede parecer un sistema de imputación de conductas complejo. Sin embargo, la idea rectora que justifica esta propuesta es reordenar las diferentes expectativas normativas y formas de intervención que hacen parte del proceso de BdeC, con la finalidad de reducir la ambigüedad y trazar una línea *típica* que reconozca la mayor gravedad de las conductas de blanqueo-organización. Esta solución permite entender que las conductas de blanqueo-colaboración incorporan, en

realidad, la infracción de deberes especiales de gravedad intermedia y, además, se encuentran más cerca de la lógica de las omisiones puras de garante, pues su gravedad se ubica, exactamente, por debajo aquella de los actos de dominio sobre el proceso de legitimación del capital.

Esta reorganización permite, además, distinguir, entre diferentes formas de intervención –autoría y participación– dentro de los procesos de blanqueo-organización. En estos términos, posibilitaría el castigo de los sujetos obligados que, por acción u omisión, desvíen la normalidad y legalidad de su actividad profesional para participar en el proceso de blanqueo organizado por un cliente. En efecto, cualquier sujeto obligado puede cometer actos de blanqueo-organización, siempre y cuando su intervención en el proceso comparta con los autores una relación de control y conocimiento sobre el recorrido del dinero ilícito y, además, implique un apartamiento de actividades consideradas, según una lógica común, conductas neutrales<sup>1057</sup>. Esta solución permite, además, castigar a los sujetos obligados cuya actividad principal sea la estructuración y gestión de transacciones que permitan la disimulación del origen ilícito de bienes y/o capitales<sup>1058</sup>.

La consideración especial e independiente de la infracción de las medidas de diligencia debida permite, además, fortalecer un enfoque en el control de las actividades del sector financiero, sector protagónico para la generación de riesgos de blanqueo y, además, ámbito propicio para satisfacer el criterio de merecimiento y provecho que se ha establecido como límite a la imposición de deberes de colaboración. Sin embargo, ello no impediría que los controles se

---

<sup>1057</sup> Como sostiene ROBLES PLANAS al respecto: “En atención al fundamento del injusto del interviniente tan sólo cuando se realiza una conducta inequívoca de adaptación o acoplamiento al hecho que va a ser cometido podrá hablarse de complicidad. Se trata de averiguar si el partícipe ha recortado su conducta teniendo en cuenta la posterior continuación delictiva por parte del autor, para saber cuándo se da una conducta de adaptación habrá que tener en cuenta el contexto”. (ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, p. 315).

<sup>1058</sup> Estas actividades, en efecto, no se incluyen en la prestación regular de servicios de asesoramiento. Así, siempre que haya un desvío de la conducta para facilitar u orientar el delito del cliente, el sujeto obligado responde por su participación. En este sentido, ROBLES PLANAS sostiene que: “resulta plausible afirmar, que en la medida en que el asesor no describe abstractamente la realidad de una situación, sino que contribuye a configurar la situación de su cliente en el futuro, ya no puede reclamar la «distancia profesional» con respecto al hecho delictivo que vaya a realizarse. Así, por ejemplo, informar a un cliente sobre la concreta forma en la que él puede evadir impuestos en paraísos fiscales sin ser detectado por la administración tributaria es una actividad penalmente prohibida a un asesor, pero no el informarle sobre qué es un negocio jurídico simulado o sobre cómo se está eludiendo el pago del impuesto sobre el valor añadido en la adquisición de bienes intracomunitarios o el denominado «carrusel del IVA»” (ROBLES PLANAS, «Riesgos Penales del Asesoramiento Jurídico», *La Ley*, (7015 - XXIX), 2008, p. 9).



extiendan a otros sectores o actividades, teniendo en cuenta las tipologías específicas de cada país. De esta forma, el caso español llevaría a controlar, de forma más intensa, los riesgos de blanqueo originados en el sector inmobiliario y de ocio, además, evidentemente, de los tradicionales riesgos del sector financiero. Se trata, en resumen, de deberes contexto-dependientes, que pueden cambiar dependiendo del enfoque que asuman las medidas preventivas.

Llegados a este punto, es importante subrayar que una reforma de este tipo **no** tiene la finalidad de aumentar las posibilidades de castigo por la comisión del BdeC o de producir una expansión punitiva. Todo lo contrario. La idea rectora de esta investigación, y que se sintetiza en este capítulo, es fundamentar la reordenación y reestructuración de la confusa redacción del art. 301 CP, restringiendo la aplicación de sus límites máximos de pena a aquellas conductas graves de disimulación, trazando, en consecuencia, una línea por debajo de la cual se redistribuirán las demás formas de intervención de los sujetos obligados.

Como se ha analizado en el apartado que se ocupa de estudiar los límites de la atribución de responsabilidad por la infracción de deberes de colaboración con el Estado –lo que se ha llamado “*Blanqueo-colaboración en la fase post-ejecutiva*”– es fundamental subrayar la relación especial que existe entre el riesgo de blanqueo y el subsiguiente deber de información (denuncia) asignado a los sujetos obligados. Esta relación puede equipararse al razonamiento característico aplicado al ámbito de las omisiones puras de garante, que son entendidas como una forma de deber de eliminación del peligro, luego de que se hubiera incurrido en una actuación precedente peligrosa. Por otro lado, la definición de la colaboración *en la fase preparatoria* refleja la expectativa perseguida por el Estado con el castigo del blanqueo por imprudencia grave, permitiendo que el deber positivo especial del sujeto obligado sea definido en términos penales y deje de ser castigado de forma indirecta. De este modo, la previsión del art. 301.3 CP (blanqueo por imprudencia grave) será derogada y, al mismo tiempo, se respetará el principio de legalidad por medio de la definición directa de los deberes positivos especiales en el tipo penal.

En definitiva, el objetivo principal de esta propuesta es excluir el castigo de la imprudencia y limitar significativamente el castigo de los actos preparatorios de aislamiento y de auxilio *post factum* a los que se ha hecho referencia. Por esta razón, se propone un tipo penal que incrimina la infracción de los deberes de colaboración de forma dolosa (incluyendo todas las variantes del dolo), de tal

suerte que se evite el castigo de tareas normales llevadas a cabo en el marco de programas de *compliance*.

Todos los actos que hacen parte de esquemas de blanqueo-colaboración representan, a mi juicio, variantes de una infracción de deberes positivos especiales por parte de los sujetos obligados frente a la Administración de Justicia, y se encuentran en una relación de subsidiariedad en relación con el tipo de organización. En efecto, mientras el tipo de organización puede ser definido como un tipo penal de resultado, los tipos de colaboración constituyen delitos de peligro abstracto referidos a la preservación de las condiciones anteriores a la generación de un daño a los intereses de la Administración de Justicia (entendida en un sentido funcional).

No puedo finalizar este apartado sin mencionar que las conductas que se han descrito, y la propuesta que se ha construido a su alrededor, no se fundamentan en la consideración de los daños potenciales que el BdeC puede generar al orden económico o a la estabilidad del sistema financiero –tal y como lo sostienen algunos autores–. Aunque los efectos nocivos del BdeC sobre la economía pueden ser reconocidos como una consecuencia lógica del blanqueo-organización, dichos elementos no fueron objeto concreto de esta investigación. El hecho de haber concentrado el análisis en las características de los deberes de los sujetos obligados –un tema poco trabajado por la doctrina– implicó enfocar el estudio de los efectos del blanqueo en sus consecuencias para los intereses de la Administración de Justicia y, en especial, en los vínculos cuasi-institucionales que surgen entre los sujetos obligados y el Estado. No obstante, la puerta queda abierta para la realización de estudios posteriores que investiguen otras posibilidades de diferenciación de los efectos del blanqueo-organización, como ya lo ha esbozado, por ejemplo, BERMEJO al sugerir la redacción específica de un tipo que tenga en cuenta la afectación específica del orden económico<sup>1059</sup>.

En todo caso, todo lo que hasta aquí se ha analizado permite concluir que los deberes de los sujetos obligados se erigen como una barrera frente a los intentos de los blanqueadores: se trata de un *firewall* –utilizando una analogía proveniente del entorno de los softwares de protección frente a ataques informáticos–, que

---

<sup>1059</sup> Cfr. BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, 2009, p. 362.

debe ser actualizado de forma constante, de tal suerte que pueda responder adecuadamente a las expectativas funcionales de los órganos de investigación.

# CONCLUSIONES

## I

1. Desde sus inicios, las reglas de *soft law* sobre el BdeC han establecido que los sujetos obligados están en mejores condiciones de detectar e impedir los intentos de transacciones con capital ilícito. La evolución histórica de los sistemas jurídicos de referencia contra las operaciones de BdeC enseña que estas medidas de prevención se establecen, por una parte, como un conjunto de medidas dirigidas a involucrar —*ab initio*— a las instituciones financieras en la tarea de prevención de este delito. De ahí, en segundo lugar, se ha pasado rápidamente a un extenso listado de sectores obligados a prevenir el delito y a colaborar con los órganos de investigación. Sin embargo, en virtud de la complejidad del fenómeno del blanqueo y la rapidez de la evolución de las normas internacionales al respecto, la centralidad histórica de la labor de los sujetos obligados no ha sido suficientemente considerada por la doctrina.
2. El correcto funcionamiento de la Unidad de Inteligencia Financiera —en tanto principal órgano de lucha contra el BdeC en cualquier estado—, no sólo depende de la colaboración de los sujetos obligados. Su estructura ideal debe estar dirigida especialmente a agilizar el intercambio y recopilación de información junto al sector regulado de la forma más rápida y desburocratizada posible (además, evidentemente, de promover el intercambio eficiente de información en la cooperación internacional).
3. La experiencia de la práctica juega un papel fundamental en la definición actual del BdeC. Por esta razón, el tipo penal que nos ocupa está más cerca de la descripción de un fenómeno empírico que de la indicación de un claro mandato de prohibición o de la definición de conductas objetivamente peligrosas.
4. El sistema de prevención del BdeC se impuso rápidamente en los sistemas de derecho europeo-continental o romano-canónico. Esta velocidad, así como el modelo fenomenológico que subyace a la descripción del blanqueo, ha demandado sustanciales esfuerzos de la doctrina y jurisprudencia para acotar los contornos y límites del tipo penal que le define. En el conjunto de la bibliografía especializada son pocas, todavía, las obras dedicadas a los detalles del tratamiento penal de este delito. En este contexto, hasta ahora no se ha alcanzado un consenso sobre el objeto de protección del blanqueo, así como sobre el alcance de las conductas punibles ni tampoco sobre los efectos de la praxis del sistema administrativo de prevención.

5. Mientras la doctrina penal española se concentró en interpretar el confuso art. 301 CP, el conjunto de normas de derecho administrativo que giran en torno al BdeC ha evolucionado y por tanto ha obtenido mayor relevancia que la norma penal misma a efectos del significado de las políticas contra este delito. El enfoque de las medidas administrativas consiste en las más variadas formas de colaboración de los sujetos obligados con los órganos de investigación. Las consecuencias de las reglas administrativas sobre la responsabilidad penal de los sujetos obligados no han sido suficientemente consideradas por la doctrina jurídico-penal.
6. El análisis de los deberes concretos atribuidos a los sujetos obligados en la L.O. 10/2010, puso de relieve que estos ejecutan tareas *cuasi-policiales*. La finalidad de estas funciones es dar soporte a la labor de los órganos de investigación de blanqueo (Unidad de Inteligencia Financiera, fiscalía, policía, etc.). Entre estas tareas están el deber de monitoreo continuado de los clientes y actividades sospechosas, así como su denuncia, la creación y mantenimiento de bases de datos sobre clientes y operaciones sospechosas y el desarrollo de canales de denuncia interna (*whistleblowers*) que conlleven la denuncia de posibles operaciones ilegales de los clientes o de la empresa. En suma, se trata de una serie de deberes principalmente de naturaleza administrativa que, sin embargo, tienen efectos sobre la eventual responsabilidad penal.
7. Existen innumerables posiciones doctrinales respecto del bien jurídico protegido en el tipo penal de BdeC. La interpretación asumida en esta tesis partió de la observación de las funciones que el tipo penal ejerce en la práctica en manos de los funcionarios del Estado. Se ha concluido que el delito de BdeC representa sobre todo un mecanismo procesal que facilita el acceso a los órganos de investigación de información sobre la localización de capital ilícito y su decomiso. Asimismo, de forma accesoria, el tipo penal en cuestión permite reunir las pruebas o los indicios más consistentes respecto del delito antecedente. Esta función procesal puede ser sintetizada como un concepto difuso de Administración de Justicia en sentido funcional: consiste en la finalidad genérica de los órganos de Administración de Justicia de investigar el delito, procesar y sancionar a sus autores y decomisar las ganancias ilícitamente obtenidas. Este planteamiento se lleva hasta el límite cuando se concluye que los deberes de colaboración deben ser tipificados como delitos de peligro abstracto contra la Administración de Justicia en este sentido funcional que se acaba de referir.
8. La redacción contenida en el art. 301 CP es contraria al principio de legalidad. Ello en virtud de que contiene verbos que pretenden restringir la libertad de los

sujetos obligados en su actividad laboral con el objeto de que sirvan de barrera e impidan el ingreso de capital potencialmente ilícito en la actividad financiera. Así pues, el tipo penal identifica una serie de conductas especialmente enfocadas en la actividad de los sujetos obligados: los actos de adquisición, posesión o uso de valores potencialmente ilícitos tienen el objetivo de imponer a los sujetos obligados la responsabilidad de crear dicha barrera. En este contexto se hallan también las posibilidades de interpretación de otros verbos rectores del tipo, tales como la “ocultación de la ubicación, destino, movimiento y derechos sobre los bienes”, o actos con la finalidad de “ayudar a la persona que haya cometido la infracción a eludir las consecuencias legales”. Estas conductas –la ocultación y el encubrimiento del autor–, si bien no están dirigidas a servir de barrera al ingreso de capital ilícito, sí representan cierta restricción de la libertad de los sujetos obligados en la medida en que suponen un deber positivo de comunicación (denuncia a las autoridades) de las actividades sospechosas.

9. Conforme a los esfuerzos limitadores de la jurisprudencia, se podría resumir el injusto del art. 301 CP en dos aspectos fundamentales. Así, por una parte, la realización de cualquier acto que tenga la aptitud o capacidad suficiente —desde un punto de vista objetivo— de disimular y, por otro lado, las conductas de disimulación y ocultación en concreto del origen ilícito del bien. Sin embargo, la literalidad del tipo permite interpretaciones que pueden llegar a incriminar por completo las actividades cotidianas de los sujetos obligados. En consecuencia, dos conclusiones quedan claras frente al actual tipo penal. La primera de ellas es la corrección de la senda que a la fecha ha adoptado la jurisprudencia en lo referente al tipo objetivo. La segunda consiste en la necesidad de reformar el tipo penal de forma urgente e integral con el propósito de que se concrete una reordenación de las conductas prohibidas de forma clara y directa. Un estado con alto nivel institucional y administrativo en la prevención del BdeC no puede permitirse un tipo penal con las características del actual art. 301 CP: ininteligible y, asimismo, que demanda acrobacias hermenéuticas de la doctrina y jurisprudencia para delimitar su significado y sus límites.
10. La doctrina penal alemana identifica tres grupos distintos de conductas en el delito de BdeC contenido en el Código penal alemán (§ 261 StGB): (i) actos de disimulación; (ii) actos que dificultan la prueba del origen ilícito y (iii) actos que permiten aislar al poseedor de capital ilícito para blindar las posibilidades de que invierta este dinero en el mercado. Este es un punto de partida clave para definir las conductas punibles que están dirigidas principalmente a los sujetos obligados a efectos de que impidan los intentos de BdeC de terceros: adquirir, poseer y

utilizar bienes de forma lícita que han sido adquiridos con capital de procedencia ilícita.

11. A partir de la interpretación literal del art. 301 CP, las aportaciones de la jurisprudencia y con base en la tripartición definida por la doctrina alemana, se han identificado dos núcleos de conductas prohibidas. Un núcleo dirigido a impedir los actos tendientes a disimular u ocultar el origen del capital ilícito y otro dedicado a incriminar a las personas que puedan facilitar que el autor directo del blanqueo ingrese capital de procedencia ilícita en el mercado. Estos dos núcleos del injusto han sido definidos en esta investigación como *blanqueo-organización* y *blanqueo-colaboración*, respectivamente.
12. El tipo de *blanqueo-organización* sintetiza los actos dirigidos a disimular y que son capaces de impedir o dificultar significativamente que se pueda conectar la apariencia actual de los valores con su real origen ilícito. Son las operaciones de blanqueo en la cual el autor del delito conoce una parte significativa del proceso de legitimación del capital, lo realiza dolosamente y de modo íntegramente ilegal. Por otra parte, el tipo de *blanqueo-colaboración* castiga las conductas accesorias al blanqueo, los actos imprudentes con respecto a la verificación del origen del capital y las conductas de aislamiento. Todas estas tienen la finalidad de impedir o dificultar la consumación de la conducta típica del blanqueador. La doctrina alemana ya ha identificado algunos de estos actos de colaboración y los ha denominado “tipos de aislamiento”, ya que están dirigidos a sancionar las conductas de los sujetos obligados que permitan (incluso por medio del actuar imprudente) la entrada del capital ilícito en el mercado.
13. Dentro del conjunto de medidas de colaboración se hallan los actos preparatorios de blanqueo, las conductas post consumativas y los deberes de información o denuncia. Todas ellas consisten en conductas dirigidas a contravenir la vigilancia de la actividad de terceros (los clientes) o los obstáculos a sus intentos de blanquear capitales. Por esta razón, las conductas típicas consistentes en la colaboración para el blanqueo representan el interés del Estado de que los sujetos obligados actúen de modo cuasi-policial.
14. En lo que respecta a la actividad de los sujetos obligados, una parte de los deberes de prevención del blanqueo se relaciona con el riesgo interno de la profesión (organización interna, formación de empleados, productos ofrecidos en el mercado que faciliten transacciones financieras o aumenten la opacidad de los beneficiarios financieros, etc.). Sin embargo, las medidas de diligencia debida y los deberes de información se refieren al riesgo de terceros, del cliente, y no a la

actividad misma del sujeto obligado. Asimismo, estos deberes consisten en medidas destinadas a garantizar los intereses del Estado en la persecución del delito y en el decomiso de sus frutos y no tanto en deberes de cuidado del sector respecto de los riesgos derivados de la propia actividad. Esta es una manifestación más de la función cuasi-policial de los sujetos obligados.

15. Algunos supuestos de la imputación a los sujetos obligados por el delito del BdeC por imprudencia grave o en comisión por omisión se refieren a una forma indirecta de castigar la obligación de colaborar con el Estado. La infracción del deber administrativo positivo *primario* de información y denuncia puede conllevar a una interpretación equivocada de la responsabilidad de los sujetos obligados por omisión. Por otra parte, la infracción de los deberes administrativos positivos *secundarios* de aplicar medidas de diligencia debida, monitoreo continuado y formación de bases de datos (medidas preventivas referidas al riesgo del cliente) también pueden conllevar al castigo por imprudencia grave. A estas dos formas de imputación del delito subyace una expectativa normativa distinta a la prohibición general de blanquear y representa, al fin y al cabo, la infracción de la expectativa normativa positiva de actuar junto con el Estado en la evitación del delito cometido por terceros.
16. Conforme al texto literal contenido en la redacción legal, una parte de la doctrina y de la jurisprudencia han concluido que el BdeC por imprudencia grave es un delito común. Otro sector (tanto de la doctrina como de la jurisprudencia) ha asumido una posición restrictiva: según esta opinión, la modalidad imprudente de este delito es un tipo especial y, por tanto, únicamente atribuible a los sujetos obligados por la infracción de las reglas administrativas de la L.O. 10/2010. Respecto de estas opiniones cabe decir que nos inclinamos por considerar que las reglas concretas de cuidado que permiten delimitar la gravedad de la imprudencia se refieren, más bien, a los sujetos obligados y que, por lo tanto, este tipo penal debería ser considerado efectivamente como un delito especial. Sin embargo, esta imputación es problemática. Lo problemático de esta imputación, sin embargo, es que la imprudencia grave está referida a la infracción de deberes positivos contenidos en normas administrativas que de forma indirecta se trasladan al Derecho penal cuando, *stricto sensu*, la sanción de deberes positivos exige una definición expresa en un concreto tipo penal.
17. La imputación del BdeC en comisión por omisión al sujeto obligado es equivocada cuando faltan los requisitos de equivalencia plena con la conducta activa. Es decir, si no se concreta una manifestación plena de libertad en la asunción del deber de garante frente a la tarea de evitar el resultado de blanqueo



en la empresa o cuando falte la relación de dominio sobre el proceso de disimulación, tal y como existiría en la conducta activa.

## II

18. La imposición de estas tareas cuasi-policiales a los sujetos obligados se enmarca en un contexto socio-político más amplio, característico del modelo del Estado regulador. Este modelo de gestión consiste en la delegación de tareas públicas a los particulares con la finalidad de disminuir los costes del Estado.
19. En el contexto del Estado regulador, algunos sectores regulados pasan a asumir funciones de cuasi-funcionarios, es decir, representantes del Estado para la ejecución de tareas públicas específicas, con menor autonomía que los funcionarios, pero con cierto poder de policía para representar al Estado en tareas específicas. Tradicionalmente, esta fue la posición funcional de los notarios en España o de los *Beliehene* en el Derecho alemán. Se ha argumentado, con todo, que este ejercicio orgánico de tareas públicas por los particulares se ha ampliado en el contexto del Estado regulador.
20. Según las reglas constitucionales de los sistemas europeos continentales, el único límite para la delegación de tareas públicas a los particulares sería el uso de la fuerza: el empleo de mecanismos de coerción física que definen al Estado como institución. Fuera de este ámbito, con todo, no habría límites concretos a las posibilidades de involucrar a los particulares en tareas de apoyo a las instituciones públicas, sea por medio de delegación vía autorizaciones, permisos y concesiones, sea por medio de la imposición de deberes.
21. El contexto del Estado regulador presenta efectos sobre el Derecho penal que son todavía sutiles pero sólidos respecto de lo que se ha consolidado en las últimas décadas. Una primera consecuencia es la relevancia de la autorregulación sectorial que, si fuera el caso, puede llegar a influir en la determinación de la responsabilidad por la infracción de reglas de cuidado. En definitiva, los sistemas de compliance empresarial antiblanqueo concretan la relevancia de la autorregulación, especialmente en la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Una segunda consecuencia es la delegación de tareas de vigilancia a los sujetos obligados que tiende a crecer por medio de la creación de mecanismos de cooperación-público privada en materia de prevención del BdeC.

### III

22. Los deberes de colaboración fueron definidos como un deber delegado por parte del Estado hacia un grupo específico de particulares. El objeto de esta delegación consiste en la actuación proactiva de éstos en favor del interés público en la prevención del delito y en el fomento de las funciones preventivas de la Administración de Justicia. En el ámbito del BdeC, estos deberes positivos de colaboración, en principio, sólo están previstos en las normas administrativas. No obstante, la aplicación práctica del tipo penal a la sanción indirecta sin previsión legal específica y sin fundamentación adecuada desde la perspectiva de la teoría de los deberes.
23. La referencia al bien jurídico para fundamentar el deber positivo de colaboración es insuficiente, pues se asienta sobre las bases indefinidas del bien jurídico del delito de BdeC. Principalmente, el bien jurídico no es una referencia suficiente, pues el deber de colaboración consiste en la asistencia a la labor de la Administración de Justicia en el sentido funcional de investigar, restablecer la vigencia de la norma o asegurar las garantías y la viabilidad del proceso (penal, en el supuesto que nos ocupa). Ello, como se ha visto, no conforma un contenido concreto de bien jurídico suficiente para justificar la creación de un tipo penal de deberes positivos que requieren una fundamentación más consistente. Además, el reconocimiento de la Administración de Justicia como bien jurídico no delimitarían suficientemente los motivos por los que los sujetos obligados deben ser los destinatarios de dicho deber positivo.
24. Considerando insuficiente la referencia al bien jurídico para fundamentar la imposición de deberes positivos de colaboración, se ha indicado que las ponderaciones entre las esferas de autonomía y la manifestación de la libertad real de los ciudadanos serían los criterios realmente adecuados para fundamentar y delimitar estos deberes.
25. Las tesis de PAWLIK han aportado argumentos decisivos para identificar los deberes de colaboración como una forma de ejercicio de deberes de cuasi-funcionarios en representación del Estado. Hemos acogido, principalmente, el planteamiento respecto del cual ciertas contribuciones de los ciudadanos a las instituciones públicas que garantizan la seguridad y el bienestar colectivo, son esenciales para la manutención de un estado de libertad real que sirve a los intereses colectivos. Sin embargo, el planteamiento del autor no es íntegramente coincidente con lo que hemos identificado en el contexto del BdeC. Para PAWLIK, los deberes de cooperación son deberes de ciudadanía, de obediencia y

fidelidad a la norma, y de representación del Estado en el caso de circunstancias extremadamente excepcionales, como los deberes de tolerancia y salvación en los casos de estado de necesidad agresivo. Los deberes positivos de colaboración atribuidos a los sujetos obligados –que hemos identificado en esta investigación– consisten en una clase de deberes positivos más intensos y que tienen como característica esencial la representación *permanente* del Estado por decisión de este y no solamente la sustitución del funcionario frente a casos excepcionales de peligro para la vida o para la integridad física de los demás.

26. Además del fundamento de la garantía de la libertad real como sustrato de la imposición de los deberes de colaboración con el Estado, hemos concluido que estos también justifican las condiciones institucionales que permiten la garantía de la autonomía real, es decir, que establecen y garantizan las condiciones de seguridad y bienestar, además de la protección de la no intervención en la esfera de derechos individuales. En el ámbito de la protección de la autonomía real se hallan los deberes positivos, los deberes institucionales, los de solidaridad mínima y otras formas de afectación relevante al funcionamiento de las condiciones institucionales. La restricción de libertades exige su ponderación con la utilidad que genera la tipificación de deberes positivos.

#### IV

27. Independientemente de las posibles consecuencias económicas del delito de BdeC, es cierto que este afecta a los intereses concretos del Estado de investigar y castigar a los autores de los delitos precedentes, así como de decomisar el patrimonio producto de la conducta típica. Estos intereses corresponden, concretamente, a la Administración de Justicia en su sentido funcional de garantizar el proceso penal y (a través de este) aplicar la norma de sanción. Además, el castigo de los delitos antecedentes y el decomiso de sus rendimientos es fundamental para el mantenimiento de las expectativas sociales respecto de la vigencia de las normas, lo que también incluye a la Administración de Justicia en su sentido funcional. En este orden de ideas, todas las manifestaciones del BdeC atentan contra dicha administración pero de formas diferentes y según distintos grados de intensidad. Mientras el blanqueo-organización ataca a los intereses de la administración “desde fuera”, como el acto de un *extraneus*, el blanqueo-colaboración afecta a los intereses de la administración “desde dentro”, como el acto de un obligado especial (los sujetos obligados) que se califica como un cuasi-funcionario.

28. El fundamento primero de los deberes de colaboración de los sujetos obligados es, como tantas veces se ha dicho, la delegación legal de tareas con

características cuasi-policiales, análogas a las de funcionarios que tengan atribuidas tales competencias. Sin embargo, por medio del estudio de la posición de garante de los funcionarios, hemos llegado a la conclusión de que el simple hecho de poseer un deber institucional —o cuasi-institucional— no tiene la consecuencia necesaria de autorizar la imputación *plena* por el resultado de un delito cometido por terceros. En definitiva, se ha asumido el planteamiento de SANGENSTED, según el cual el funcionario sólo es responsable por el resultado (en comisión por omisión) si existe una relación de dominio sobre este. Fuera de los supuestos de dominio sobre el resultado, la existencia de un deber funcional amerita un título de imputación propio, pues no se podría imputar el resultado previsto para el tipo penal del deber negativo. Esta posición se confirma en la legislación española, que contiene tipos penales especiales para los funcionarios públicos titulares de deberes de vigilancia. Así, por ejemplo, hemos visto que no se les castiga por el resultado del delito ambiental en comisión por omisión por haber fallado en su deber de vigilancia y control.

29. El argumento precedente permite la siguiente analogía: lo máximo que se puede exigir o autorizar a los particulares para actuar proactivamente en defensa de un interés público deberá tener como límite la competencia atribuida al funcionario para los mismos fines. Entonces, si a los funcionarios no se les puede imputar el resultado lesivo —como garantes— por el hecho de no impedir el delito de terceros, menores aún serían las razones para responsabilizar a los sujetos obligados por no evitar el BdeC de terceros. Eso sí, asumiendo una relación de dominio sobre el proceso de disimulación del origen ilícito de los bienes.
30. En síntesis, el deber de colaboración consiste en un deber positivo especial de los sujetos obligados, de naturaleza cuasi-institucional, que demanda un tratamiento por medio de un título de imputación propio en un tipo penal específico. Se asume además la premisa de que los deberes positivos configuran una relación más débil de responsabilidad cuando —comparados con los deberes negativos—, se concluye que es necesario tratar a los deberes positivos de colaboración por medio de un tipo penal autónomo con sus propios fundamentos y límites.
31. Una vez definido lo anterior, entendemos que no es suficiente la expectativa normativa y la posición de cuasi-funcionario para autorizar la imposición de deberes especiales de colaboración. En otras palabras, el Estado no puede atribuir deberes positivos arbitrariamente, atendiendo a sus expectativas de promover el imperio de la Administración de Justicia. El elemento que limita la imposición de unos deberes de estas características, es la cercanía especial de un grupo específico de sujetos con el riesgo de blanqueo. Los sujetos obligados, en suma, son responsables por la gestión de un estado de cosas que permite la realización

del delito de blanqueo por terceros, pero no por la organización de las operaciones de disimulación del origen del capital ilícito. De ahí que se pueda afirmar que dichos sujetos son, desde una perspectiva normativa, *preferentemente competentes* para soportar la imposición de deberes de colaboración con respecto a la prevención de este delito.

32. La cercanía de los sujetos obligados con el riesgo de blanqueo les ubica en una posición de responsabilidad intermedia, característica de las omisiones puras de garante. Es decir, no son plenamente imputables por el resultado de blanqueo de sus clientes, pero se encuentran en una posición de mayor responsabilidad frente al resultado cuando se compara su posición con la de una persona totalmente ajena a las actividades reguladas (de riesgo de blanqueo). Por último, se considera también el provecho que extraen los sujetos obligados de la explotación de concesiones públicas (como es el caso de las instituciones financieras y de los notarios) o los beneficios económicos que reciben en el ejercicio de estas actividades. Estos serían, en suma, argumentos que refuerzan la posición de competencia preferente frente al Estado, cuando este decide a quiénes puede delegar las tareas de colaboración.

## V

33. Desde un análisis de *lege lata* hemos propuesto una interpretación del actual art. 301 CP de acuerdo con la distinción entre los núcleos de injusto de colaboración y organización. Se ha pretendido atribuir a estas últimas ciertas consecuencias compatibles con la menor intensidad que la infracción de los deberes positivos conlleva para la Administración de Justicia. En este sentido, todos los verbos rectores del tipo penal que no sean o se interpreten como “disimular”, “convertir” u “ocultar la naturaleza ilícita” deben ser entendidos como contentivos de conductas accesorias, *merecedoras de menor intensidad de pena*. En el conjunto de conductas accesorias o subsidiarias al blanqueo-organización se hallan aquellos actos de colaboración con la Administración de Justicia tanto en la fase preparatoria como en la fase post-ejecutiva del blanqueo (blanqueo-colaboración) y, también, una modalidad agravada del delito de encubrimiento. En la fase preparatoria están incluidas actualmente la prohibición de los actos de aislamiento (posesión, adquisición y uso de capital ilícito), así como los actos de blanqueo imprudente que se refieren a la infracción de los deberes positivos de diligencia debida. En el otro extremo, al término del proceso de blanqueo, se hallan las conductas post-consumativas, que también se dividen en dos. En primer lugar, las conductas post-consumativas de blanqueo-colaboración, consistentes en el deber de informar operaciones sospechosas a la Unidad de Inteligencia Financiera. Por otro lado, las conductas post-consumativas de

blanqueo-organización, que consisten en el encubrimiento del autor del delito de blanqueo.

34. Finalmente, se presenta una propuesta de reformulación íntegra del art. 301 CP, que considere separadamente las conductas nucleares de disimulación y los deberes de colaboración. Se propone, principalmente, la descriminalización del tipo de blanqueo imprudente y su sustitución por una propuesta que permita tipificar la infracción del deber positivo de colaboración de adoptar medidas de diligencia con respecto al cliente y de informar las operaciones sospechosas. Asimismo, se sugiere la exclusión de los actos de aislamiento (adquisición, posesión y uso) del tipo penal, pues estos solamente deberían ser relevantes en la medida en que representen formas de tentativa o intervención en el proceso del blanqueo-organización ajeno. Por último, respecto del tratamiento del encubrimiento del autor del blanqueo o de delitos antecedentes de blanqueo, se plantea la posibilidad de calificarlo como una modalidad de encubrimiento agravado, que también se ubica en una relación de subsidiariedad con los actos de disimulación/organización. En este sentido, consideramos que los tipos de blanqueo-colaboración (información y medida de diligencia debida) y de encubrimiento consisten en tipos de peligro abstracto frente a la Administración de Justicia y están en relación de subsidiariedad respecto del tipo de blanqueo-organización.

## BIBLIOGRAFIA

- ABEL SOUTO, Miguel (2019), «Jurisprudencia penal española hasta 2018 sobre el blanqueo de dinero y sus reformas recientes», en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (eds.), *VI Congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Santiago de Compostela, pp. 553.
- (2018), «Blanqueo de dinero, reformas penales de 2015, secreto bancario y paraísos fiscales», en DEMETRIO CRESPO *et al.* (eds.), *Derecho penal económico y derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Madrid, pp. 445.
- (2012), «Blanqueo, innovaciones tecnológicas, amnistía fiscal de 2012 y reforma penal», *RECPC*, (14 - 14), pp. 1.
- (2011), «La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio», *La Ley Penal*, (79), pp. 5.
- (2011), «La reforma penal, de 22 de junio de 2010, en materia de blanqueo de dinero», en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (eds.), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 61.
- (2009), «Conductas típicas de blanqueo en el ordenamiento penal español», *I Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2005), *El delito de blanqueo en el Código penal español*, Bosch, Barcelona.
- (2004), «Ocultación de dinero procedente del narcotráfico en una caja de seguridad. Comentario a la sentencia del TS nº 155/2002», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (2 - 13), pp. 315.
- (2002), *El blanqueo de dinero en la normativa internacional. Especial referencia a los aspectos penales*, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela.
- ACKERMANN (1998), «Geldwäscherei», en SCHMID (eds.), *Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei. Kommentar*, Schulthess, Zurich, pp. 355.
- (1992), *Geldwäscherei - Money Laundering. Eine vergleichende Darstellung des Rechts und der Erscheinungsformen in den USA und der Schweiz*, Schulthess, Zürich.
- ALBASHRAWI, Mousa (2016), «Detecting financial fraud using data mining techniques: a decade review from 2004 to 2015», *Journal of Data Science*, (14), pp. 553.
- ALCACER GUIRAO, Rafael (2016), «Límites al deber de socorro», *RGDP*, (26), pp. 1.
- (2003), *Lesión del bien jurídico o lesión del deber? Aportes sobre el concepto*

- material del delito*, Atelier, Barcelona.
- ALLDRIDGE, Peter (2016), *What went wrong with money laundering law?*, Palgrave, London.
- ALLDRIDGE, Peter/MUMFORD, Ann (2005), «Tax evasion and the Proceeds of Crime Act 2002», *Legal Studies*, (25 - 3), pp. 353.
- ALTENHAIN (2005), «§261», en KINDHÄUSER *et al.* (eds.), *NK-StGB. Band III*, Nomos, Baden-Baden, pp. 482.
- ALTENHAIN (2002), *Das Anschlussdelikt*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- ALVAREZ PASTOR/EGUIDAZU PALACIOS (2007), *Manual de prevencion del blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid.
- AMBOS (2011), «Internacionalización del Derecho penal: el ejemplo del “lavado de dinero”», en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (eds.), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 181.
- AMICELLE (2011), «Towards a “new” political anatomy of financial surveillance», *Security Dialogue*, (42 - 2), pp. 161
- ANDERSON, Michael J./ANDERSON, Tracey A. (2015), «Anti-Money Laundering: History and Current Developments», *Journal of International Banking Law and Regulation*, (30 - 10), pp. 521.
- ANDREW (2004), «The Wolfsberg Principles - an analysis», *Journal of Money Laundering Control*, (7 - 3), pp. 207.
- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ (2000), *El delito de blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid.
- ARMENTA DEU (2012), *Sistemas procesales penales*, Marcial Pons, Madrid.
- ARNONE, M/BORLINI, L (2010), «International Anti-Money Laundering Programs», *Journal of Money Laundering Control*, (13 - 3).
- ARRIAGADA GAJEWSKI, Isabel (2012), «De cárceles y concesiones: Privatización carcelaria y penalidad neoliberal», *Rev. Derecho*, (25 - 2), pp. 9.
- ARZT (2009), «§ 261», en ARZT *et al.* (eds.), *Strafrecht. Besonderer Teil*, 2ª ed., Ernst und Werner, Bielefeld, pp. 814.
- ASCHKE (2012), *Der Straftatbestand der Geldwäsche im Lichte zivilrechtlicher Erwerbsprinzipien*, Peter Lang, Frankfurt am Main.
- ASMAT COELLO, Diana Marisela (2015), «Sobre el delito de omisión de comunicación de operaciones sospechosas en la legislación peruana de lucha contra el lavado de activos», en AMBOS *et al.* (eds.), *Lavado de activos y compliance: perspectiva*



*internacional y derecho comparado*, Jurista, Lima, pp. 407.

- ATHANASSIOU (2013), «The evolving role of central banks in banking supervision», en JUNG, Peter/SCHWARZE (eds.), *Finanzmarktregulierung in der Krise*, Mohr Siebeck, Tübingen, pp. 71.
- BACIGALUPO, Enrique (2008), «El nuevo Derecho mercantil contable y el Derecho penal», en BAJO FERNÁNDEZ *et al.* (eds.), *Gobierno corporativo y Derecho penal*, Ramón Areces, Madrid, pp. 161.
- BAJO FERNÁNDEZ (2009), «El desatinado delito de blanqueo de capitales», en BACIGALUPO, Silvina/BAJO FERNÁNDEZ (eds.), *Política criminal y blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, pp. 11.
- BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO, Silvina (2010), *Derecho penal económico*, 2a.<sup>a</sup> ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.
- BALDÓ LAVILLA (1994), *Estado de necesidad y legítima defensa*, Bosch, Barcelona.
- BAMBERGER (2006), «“Regulation as delegation: private firms, decisionmaking, and accountability in the administrative State”», *Duke Law Journal*, (56 - 2), pp. 377.
- BARTON (2004), «Verteidigerhonorar und Geldwäsche», *JuS*, pp. 1033.
- (1993), «Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche (§261)», *StV*, (3), pp. 156.
- BASSIOUNI (1996), «Mecanismos internacionales de control de las ganancias procedentes de actividades ilícitas», *RDPC*, (6).
- BERDUGO/FABIAN CAPARRÓZ (2011), «La “emancipación” del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español», en NÚÑEZ PAZ *et al.* (eds.), *Un derecho penal comprometido: libro homenaje al Prof. Gerardo Landrove Díaz*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 117.
- BERGMANN, Marcus (2019), «Teleologische Reduktion von § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB bei der Sicherstellung von Geldwäschegegenständen durch Ermittlungsbehörden», en BERGMANN (eds.), *Geldwäsche. Materiellrechtliche und prozessuale Überlegungen*, Universitätsverlag Halle-Wittenberg, Halle an der Saale, pp. 93.
- BERGSTRÖM/SVEDBERG HELGESSON/MÖRTH (2011), «A new role for for-profit actors? The case of anti-money laundering and risk management», *Journal of Common Market Studies*, (49 - 5), pp. 1043.
- BERMEJO (2019), «Confiscation of illicit profits in the Spanish Penal Code. Historical and conceptual analysis», *Latin American Legal Studies*, (4), pp. 191.
- (2009), *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, Tese doctoral de la Universidad

Pompeu Fabra, Barcelona.

BERMEJO/PALERMO (2013), «La intervención delictiva del compliance officer», en ORTIZ DE URBINA *et al.* (eds.), *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid.

BERNSMANN (2000), «Das Grundrecht auf Strafverteidigung und die Geldwäsche – Vorüberlegungen zu einem besonderen Rechtfertigungsgrund», *StV*, (1), pp. 40.

BEULKE (2016), «Europäische und transnationale Strafrechtspflege als Herausforderung für eine moderne Strafrechtsdogmatik - eine Hinführung», en TIEDEMANN *et al.* (eds.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, Nomos, Baden-Baden, pp. 285.

BILBAO UBILLOS (2012), «La crisis actual. Cambios en la regulación financiera y modificación de las fronteras entre lo público y lo privado», *Gestión y política pública*, (XXI - 2), pp. 485.

BINDER (2016), «Zivilrechtliche und strafrechtliche Aufarbeitung der Finanzmarktkrise», *ZGR*, pp. 229.

BIRNBACHER, Dieter (1995), *Tun und Unterlassen*, Reclam, Stuttgart.

BIRNBAUM, Christian (2000), *Leichtfertigkeit: zwischen Fahrlässigkeit und Vorsatz*, Weissensee, Berlin.

BLACK, Julia (2013), «Reconceiving Financial Markets. From the Economic to the Social», *Journal of Corporate Law Studies*, (13 - 2), pp. 401.

BLAIR, William/BRENT, Richard/GRANT, Tom (2017), *Banks and financial crime*, 2<sup>a</sup> ed., Oxford University Press, Oxford.

BLANCO CORDERO (2015), *El delito de blanqueo de capitales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

——— (2012), *El delito de blanqueo de capitales*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

——— (1999), *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales*, Comares, Granada.

——— (1997), «Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales», *ADPCP*, (50 - 3), pp. 263.

BLANCO, Hernán (2011), «La relación entre el Estado y los sujetos obligados en la nueva Ley de lavado de Activos», *Revista de Derecho penal y Procesal Penal Abeledo Perrot*, (11), pp. 1867.

BLANCO LOZANO (1996), «El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas en el ordenamiento penal español», en COBO DEL ROSAL (eds.), *Revista de Derecho*

- Publico. Comentarios a la legislación penal. (Reformas sobre tráfico de drogas, secreto de las comunicaciones y conducción de ciclomotores). Tomo VXII, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, pp. 53.*
- BLANKENBURG/KHAN (2012), «Governance and illicit flows», en REUTER (eds.), *Draining development?*, World Bank, pp. 21.
- BOBBIO (1994), *O conceito de sociedade civil*, Graal, Rio de Janeiro.
- BOCK, Dennis (2009), «Strafrechtliche Aspekte der Compliance-Diskussion – § 130 OWiG als zentrale Norm der Criminal Compliance», *Zis*, (394), pp. 68.
- BODRERO (2013), «An alternative method to combat the mafia: confiscation of criminal assets», en SCHÖNENBERG (eds.), *Transnational organized crime*, Transcript, Bielefeld, pp. 277.
- BONFANTI/STEFANUCCI (2018), «Exploring the New Frontiers of Security Privatisation: Web-Based Social Networking Services and Their Challenging Contribution to Foster Security and Public Safety», en BURES/CARRAPICO (eds.), *Security Privatization: how non-security-related private businesses shape security governance*, Springer, Cham, pp. 249.
- BORLINI/MONTANARO (2017), «The evolution of the EU law against criminal finance: the “hardening” of FATF standards within the EU», *Georgetown Journal of International Law*, (48 - 4), pp. 1009.
- BOTTKE (1995), «Teleologie und Effektivität der Normen gegen Geldwäsche», *Wistra*, (4), pp. 121.
- BRAITHWAITE (2008), *Regulatory capitalism: how it works, ideas for making it work better*, Edward Elgar, Cheltenham.
- (2006), «The regulatory state?», en RHODES (eds.), *The Oxford Handbook on Political Institutions*, Oxford University Press, Oxford, pp. 407.
- (2002), *Restorative justice and responsive regulation*, Oxford University Press, Oxford.
- (2000), «The new regulatory state and the transformation of criminology», *British Journal of Criminology*, (40), pp. 222.
- (1999), «Accountability and governance under the New Regulatory State», *Australian Journal of Public Administration*, (58 - 1), pp. 90.
- BRODOWSKI/JAHN (2016), «Krise und Neuaufbau eines strafverfassungsrechtlichen Ultima Ratio-Prinzips», *JZ*, (20), pp. 969.
- BROEK/ADDINK (2013), «Prevention of money laundering and terrorist financing from a good governance perspective», en UNGER/LINDE (eds.), *Handbook on Money Laundering*, Edw, Cheltenham, pp. 368.

- BUDÄUS/GRÜB (2012), «Public Private Partnership: Theoretische Bezüge und praktische Strukturierung», *Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen*, (30 - 3), pp. 245.
- BÜHLER, Christoph (2009), *Regulierung im Bereich der Corporate Governance*, Dike, Zürich.
- BÜLTE (2015), «Geldwäsche - Compliance», en ROTSCH (eds.), *Criminal Compliance Handbuch*, Nomos, Baden-Baden, pp. 972.
- BURCHARD (2016), «Strafverfassungsrecht - Vorüberlegungen zu einem Schlüsselbegriff», en TIEDEMANN *et al.* (eds.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, Nomos, pp. 27.
- CALDERÓN TELLO (2016), *El delito de blanqueo de capitales: problemas en torno a la imprudencia y a la receptación*, Aranzadi, Cizur Menor.
- CANCIO MELIÁ (2008), «Aproximación a la teoría de la imputación objetiva», en SERRANO-PIEDecasas/DEMETRIO CRESPO (eds.), *Cuestiones actuales de derecho penal económico*, Colex, Madrid, pp. 39.
- CARLOS DE OLIVEIRA, Ana Carolina (2020), «Blanqueo de capitales», en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María/ROBLES PLANAS (eds.), *Lecciones de derecho penal económico y de la empresa*, Atelier, Barcelona, pp. 639.
- (2019), «Los deberes de garante en el blanqueo de capitales: derecho penal, civil, administrativo y el regreso de las tesis formalistas», en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (eds.), *Comprender el Derecho penal*, B de F, Buenos Aires, pp. 425.
- (2019), *Lavagem de dinheiro: responsabilidade penal pela omissão de informações*, Tirant lo Blanch, São Paulo.
- CARTWRIGHT, Edward (2010), «Dancing with the evil», (12 - 4), pp. 691
- CASTRO MORENO (2009), «Reflexiones críticas sobre las nuevas conductas de posesión y utilización en el delito de blanqueo de capitales en la reforma del Anteproyecto de 2008», *La Ley Penal*, (7277), pp. 1
- CEVALLOS TORRES (2014), *Blanqueo de capitales y principio de lesividad*, Ratio Legis, Salamanca.
- CHAIKIN (2017), «Money laundering and tax evasion – The assisting of the banking sector», en ABLÄNDER/HUDSON (eds.), *The Handbook of Business and Corruption*, Emerald Publishing Limited, pp. 237
- (2013), «Financial Crime Risks and the Professions», en DAVID CHAIKIN (eds.), *Financial Crime Risks, Globalisation and the Professions*, Australian Scholarly Publishing, Sidney.
- CHEVALLIER, Jacques (2009), *O Estado pós-moderno*, Forum, Belo Horizonte.

- COBHAM/JANSKY (2017), *Illicit financial flows: an overview. Background Paper for UNCTAD*, UNCTAD, Geneva.
- COBO DEL ROSAL/ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ (2005), *Blanqueo de capitales: abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios*, CESEJ, Madrid.
- COCA VILA (2017), «Tirar a matar», *RECPC*, (19 - 24), pp. 1
- (2015), *La colisión de deberes en Derecho Penal: concepto y fundamentos de solución*, Tesis Doctoral - Universidad Pompeu Fabra, Barcelona.
- (2013), «El abogado frente al blanqueo de capitales. Entre Escila y Caribdis?», *InDret*, (4).
- (2013), «¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?», en SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ (eds.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona.
- COFFEE JR. (2003), «The Attorney as a Gatekeeper: an Agenda for the SEC», *Columbia Law School. Working Paper n. 221*, (5 - 103), pp. 1293.
- COFFEE JR. (2002), «Understanding Enron: It's about the Gatekeepers, Stupid», *Columbia Law School. Working Paper*, (207), pp. 1.
- CONINX (2013), «Zufall und Verteilungsgerechtigkeit - Grundlagen für eine kontratualistische Begründung von rechtlichen Solidaritätspflichten in Notstandssituationen», en VON HIRSCH *et al.* (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, pp. 175.
- CORCOY BIDASOLO (2012), «Expansión del Derecho penal y garantías fundamentales», *Revista de Derechos fundamentales*, (8), pp. 45.
- CORDUA (1992), *Explicación sucinta de la filosofía del Derecho de Hegel*, Temis, Bogotá.
- CUELLAR (2003), «The Tenuous Relationship between the Fight against Money Laundering and the Disruption of Criminal Finance», *Journal of Crim Law and Criminology*, (93 - 3), pp. 311.
- DANNECKER (2015), «Strafrechtliche Verantwortung nach Delegation», en ROTSCHE (eds.), *Criminal Compliance Handbuch*, Nomos, Baden-Baden, pp. 167.
- DARNACULLETA I GARDELLA (2005), *Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid.
- DE LA MATA BARRANCO (2010), «El funcionario ante el Derecho penal», *Revista Jurídica de Castilla y León*, (20), pp. 15.
- DE SANCTIS (2019), *Technology-Enhanced Methods of Money Laundering: Internet As Criminal Means*, Springer, Cham.

- DEGEN (2009), *Gesetzliche Mitwirkungspflichten der Kreditwirtschaft bei der Geldwäsche- und Terrorismusbekämpfung*, Peter Lang, Berlin.
- DEL CARPIO DELGADO (2016), «Sobre la necesaria interpretación y aplicación restrictiva del delito de blanqueo de capitales», *InDret*, (4), pp. 1.
- (2015), «La normativa internacional del blanqueo de capitales: análisis de su implementación en las legislaciones nacionales. España y Perú como caso de estudio», *Estudios penales y criminológicos*, (XXXV), pp. 657.
- (2011), «La posesión y utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo de capitales», *Revista General de Derecho Penal*, (15), pp. 1.
- (2011), «Principales aspectos de la reforma del delito de blanqueo de capitales. Especial referencia a la reforma del art. 301.1 del Código penal», *Revista Penal*, (28), pp. 5.
- (1997), *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- DELEANU (2013), «The role of information for successful AML policy», en UNGER/LINDE (eds.), *Research handbook on money laundering*, Edward Elgar, Cheltenham, pp. 462.
- DEMETRIO CRESPO (2016), «Sobre el fraude fiscal como actividad delictiva antecedente del blanqueo», *RGDP*, (26), pp. 1.
- (2009), *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, Iustel, Madrid.
- DEWATRIPONT, Mathias/FREIXAS, Xavier (2012), «Bank resolution: lessons from the crisis», en DEWATRIPONT/FREIXAS (eds.), *The crisis aftermath: new regulatory paradigms*, Centre for Economic Policy Research, London, pp. 105.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (1999), *El blanqueo de capitales en el Derecho español*, Dykinson, Madrid.
- DIAZ/HECK/MASSÓ (2013), «Spain», en SPEHL/GRUETZNER (eds.), *Corporate internal investigations*, Nomos, Baden-Baden, pp. 323.
- DIERGARTEN/BARRETO DA ROSA (2015), *Praxiswissen Geldwäscheprävention*, de Gruyter, Berlin.
- DIONYSOPOULOU (1999), *Der Tatbestand der Geldwäsche*, Lang, Frankfurt am Main.
- DIRKWEITZE (2015), «Pflicht zur Bestellung eines Datenschutz-, Geldwäsche- und Sicherheitsbeauftragten sowie eines Betriebsarztes in der Steuerkanzlei?», pp. 2.
- DONNELLY (2007), *Delegation of governmental power to private parties*, Oxford University Press, Oxford.

- DOPICO GÓMEZ-ALLER (2013), «Posición del garante del compliance officer por infracción del ‘deber del control’: una aproximación tópica», en ARROYO ZAPATERO, Luiz/NIETO MARTÍN, Adan (eds.), *El derecho penal económico en la era compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2011), «Comisión por omisión», *Memento práctico Lefebvre. Derecho penal económico y de la empresa*, Francis Lefebvre, Madrid, pp. 51.
- (2006), *Omisión e injerencia en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2002), «Omision de socorro tras accidente fortuito. La imputación de sucesos lesivos a conductas lícitas», *ADPCP*, (LV), pp. 235.
- DUYNE, P.C. van/SOUDIJN, M.R.J. (2010), «Crime-money in the financial system: What we fear and what we know», en HERZOG-EVAND (eds.), *Transnational Criminology Manual, vol. 2*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, pp. 253.
- DUYNE, P.C. van (1997), «Organized crime, corruption and power», *Crime Law Soc Change*, (26 - 3), pp. 201.
- DUYNE, P.C. van/HARVEY/GELEMEROVA (2018), *The critical handbook of money laundering. Policy, analysis and myths*, Palgrave, London.
- EHLERS (2003), *Aushöhlung der Staatlichkeit durch die Privatisierung von Staatsaufgaben?*, Frankfurt a. M.
- ENGELHART (2010), *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance*, Duncker & Humblot, Berlin.
- ENGISH (1973), «Tun und Unterlassen», en LACKNER *et al.* (eds.), *FS- Gallas*, de Gruyter, Berlin, pp. 163.
- ENGLÄNDER (2017), «Die Rechtfertigung des rechtfertigenden Aggressivnotstands», *GA*, pp. 242.
- ESTEVE PARDO (2015), «La administración garante. Una aproximación», *Revista de Administración Pública*, (197), pp. 11.
- (2015), *Estado garante: idea y realidad*, Madrid.
- (2014), «Redefiniciones del modelo de Estado y del Derecho público en la actual recomposición de las relaciones entre Estado y sociedad», *La metamorfosis del Estado y del Derecho. Fundamentos*, (8), pp. 83.
- (2003), *La nueva relación entre Estado y sociedad: aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid.
- (2002), *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Cizur Menor.
- (1999), *Técnica, riesgo y Derecho*, Ariel, Barcelona.

- ETCHEBERRY (2015), «La regulación internacional del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo», en AMBOS/CARO CORIA (eds.), *Lavado de activos y compliance: perspectiva internacional y derecho comparado*, Jurista, Lima, pp. 95.
- EUROPOL (2017), «From suspicion to action. Converting financial intelligence into greater operational impact».
- FABIÁN CAPARRÓS (2013), «Oportunidad político criminal y viabilidad dogmática del delito de blanqueo de capitales imprudente», en BERDUGO/BECHARA (eds.), *Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña*, Universidad de Salamanca, pp. 353.
- (2011), «Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre el blanqueo imprudente de capitales», *Revista General de Derecho Penal*, (16).
- (1998), *El delito de blanqueo de capitales*, Colex, Madrid.
- FARALDO CABANA (2014), «Antes y después de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales», *EPC*, (34).
- (1998), «Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código penal de 1995», *Estudios penales y criminológicos*, (21), pp. 117.
- FARIA COSTA (2014), «A proteção penal contra o branqueamento de capitais», en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (eds.), *IV Congreso Internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 217.
- FATF (2019), *Risk-Based Approach for Trust and Company Service Providers*, FATF, Paris.
- (2014), *25 years and beyond: The Financial Action Task Force setting the standards to combat money laundering and the financing of terrorism and proliferation*, Paris.
- (2014), *Mutual Evaluation Report – Spain*, .
- (2007), *Guidance on the Risk-Based Approach to Combating Money Laundering and Terrorist Financing - High Level Principles and Procedures*.
- FAVAREL-GARRIGUES/GODEFROY/LASCOUMES (2011), «Reluctant partners? Banks in the fight against money laundering and terrorism financing in France», *Security Dialogue*, (42 - 2), pp. 179
- (2008), «Sentinels in the banking industry: private actors and the fight against money laundering in France», *British Journal of Criminology*, (48), pp. 1-19.
- FEIJOO SÁNCHEZ (2015), «Autorregulación y derecho penal de la empresa: una cuestión de responsabilidad individual?», en ARROYO JIMÉNEZ/NIETO MARTÍN, Adán (eds.), *Autorregulación y sanciones*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 197.



- (2012), «¿Transformación del Derecho Penal por la protección de la estabilidad financiera internacional como bien jurídico global?», *AFDUAM*, (16), pp. 109.
- (2002), *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente. Presupuestos dogmáticos y criterios de imputación para la intervención del Derecho penal contra las empresas*, Civitas, Madrid.
- FEINBERG (1992), *Freedom and fulfillment*, Princeton University Press, New Jersey.
- (1983), «Autonomy, sovereignty and privacy», *Notre Dame L. Rev.*, (58), pp. 445.
- MOLINA FERNÁNDEZ, «Omisión de socorro y omisión de asistencia sanitaria», en BAJO FERNÁNDEZ (eds.), *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, v. II, 1998, pp. 140.
- FERNANDEZ TERUELO (2011), «El comiso con particular referencia a su incidencia en el delito de blanqueo de capitales (a raíz de la reforma del Código penal operada por la L.O. 5/2010)», en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (eds.), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 111.
- FERWEDA (2013), «The effects of money laundering», en UNGER/LINDE (eds.), *Handbook on Money Laundering*, Edward Elgar, Northampton, pp. 35.
- (2012), *The Multidisciplinary Economics of Money Laundering*, Tesis doctoral, Universidad de Utrecht.
- FERWERDA/UNGER (2013), «Detecting money laundering in the real estate sector», en UNGER/LINDE (eds.), *Research handbook on money laundering*, Edward Elgar, Cheltenham, pp. 268.
- FISCHER, Eva (2011), *Die Strafbarkeit von Mitarbeitern der Kreditinstitute wegen Geldwäsche*, Peter Lang, Berlin.
- FISCHER, Thomas (2013), *Strafgesetzbuch mit Nebengesetze*, 60<sup>a</sup> ed., Beck, München.
- FLACHSMANN (2009), «§305 ter StGB CH», en DONATSCH *et al.* (eds.), *Schweizerisches StGB - Kommentar*, Orell Füssli, Zurich.
- FLEISCHER (2005), «Legal transplants im deutschen Aktienrecht», *NZG*, (24), pp. 1129
- FLOHR (2014), *Self-regulation and legalization: Making global rules for banks and corporations*, Palgrave Macmillan, New York.
- FRANZIUS (2008), «Gewährleistungsstaat», *Verwaltungsarchiv*, (99), pp. 351.
- (2003), «Der Gewährleistungsstaat. Ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat?», *Der Staat*, (42 - 4), pp. 493

- FREUND (2007), «§13», en JOECKS /MIEBACH (eds.), *MK-StGB*, 3ª ed., C. H. Beck, Múnich
- FRIEDEN (2007), *Capitalismo global: el trasfondo económico de la historia del siglo XX*, Crítica, Barcelona.
- FRISCH (2012), «Complicidad mediante acciones neutrales - reflexiones sobre el fundamento penal (de la configuración del injusto) de la complicidad», en FRISCH (eds.), *Estudios sobre imputación objetiva*, Abeledo Perrot, Chile, pp. 93.
- (2007), «Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal», en HEFENDEHL (eds.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, pp. 309.
- (1997), *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Marcial Pons, Madrid.
- (1993), «An den Grenzen des Strafrechts», en KÜPER *et al.* (eds.), *FS-Stree, Wessels*, C.F. Müller, Heidelberg, pp. 69.
- (1993), *Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht*, C.F. Müller, Heidelberg.
- FUHRMANN (2016), «Internal Investigations: was dürfen und müssen die Organe beim Verdacht von Compliance Verstößen tun?», *NGZ*, (23), pp. 881.
- GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ (2013), *Curso de Derecho Administrativo, vol. II*, 13ª ed., Civitas, Madrid.
- GARCÍA NORIEGA (2010), *Blanqueo y antiblanqueo de capitales: cómo se lava el dinero, cómo se combate el lavado*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid.
- GARCÍA PÉREZ (2009), «La prueba en el delito de blanqueo de capitales. Aspectos prácticos», *Diario La Ley*, (11426), pp. 1.
- GARZÓN VALDÉS (1986), «Los deberes positivos generales y su fundamentación», *Doxa*, (3).
- GEORGE (2020), «Financial information in the context of anti-money laundering: Broadening the access of law enforcement and facilitating information exchanges», *Journal of Money Laundering Control*, (23 - 2), pp. 369.
- GILMOUR/JENSEN (1998), «Reinventing government accountability: public functions, privatization, and the meaning of “State Action”», *Public Administration Review*, (58 - 3), pp. 247.
- GILSINAN *et al.* (2008), «The role of private sector organizations in the control and policing of serious financial crime and abuse», *Journal of Financial Crime*, (15 -

2), pp. 111.

GIMBERNAT ORDEIG (2001), «Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de empresa», *ADPCP*, (LIV), pp. 1.

——— (1997), «La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición», *ADPCP*, (L), pp. 1.

GLAESER /SCHLEIFER (2003), «The rise of the regulatory state», *Journal of economic literature*, (XLI), pp. 401.

GLASER (2009), *Geldwäsche durch Rechtsanwälte und Steuerberater bei der Honorarannahme*, Herbert Utz, München.

GOENA VIVES (2017), *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Marcial Pons, Madrid.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, (2008), «Aproximación a la influencia del “Gobierno corporativo” sobre el Derecho penal económico», en BAJO FERNÁNDEZ *et al.* (eds.), *Gobierno corporativo y Derecho penal*, Ramón Areces, Madrid, pp. 149.

GÓMEZ BENÍTEZ (2007), «Reflexiones técnicas y de política criminal sobre el delito de blanqueo de bienes y su diferencia con la defraudación fiscal», *Cuadernos de Política criminal*, (91 - I), pp. 5.

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

GÓMEZ MARTÍN (2014), «Los delitos especiales y el art. 65.3 del Código Penal Español», en ROBLES PLANAS (eds.), *La responsabilidad en los “delitos especiales,”* B de F, Buenos Aires, pp. 99.

GÓMEZ PAVÓN (1994), «El bien jurídico protegido en la receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento», *Cuadernos de política criminal*, (53), pp. 459.

GÓMEZ TOMILLO (2003), *El deber de socorro (art. 195.1 del Código Penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia.

GONZÁLEZ CUSSAC (2008), «Sobre la prevaricación específica en los delitos contra el medio ambiente», en OLIVARES QUINTERO/MORALES PRATS (eds.), *Estudios de Derecho ambiental: libro homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*, Tirant lo Blanch, Madrid, pp. 995.

GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI (2013), «Autorregulación empresarial, ordenamiento jurídico y derecho penal. Pasado, presente y futuro de los límites jurídico-penales al libre mercado y a la libertad de empresa», en SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ (eds.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona.

GORDON (2011), «Losing the war against dirty money: rethinking global standards on

- preventing money laundering and terrorism financing», *Duke Journal of Comparative and International Law*, (21 - 3), pp. 503.
- GRAMM (2000), *Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben*, Duncker & Humblot, Berlin.
- GRAY/ANAND/ROTH (2015), «The influence of ISO 9000 Certification on process compliance», *Production and Operations Management*, (24 - 3), pp. 369.
- GRECO (2012), «Verfassungskonformes oder legitimes Strafrecht? Zu den Grenzen einer verfassungsrechtlicher Orientierung der Strafrechtswissenschaft», en BRUNHÖBER *et al.* (eds.), *Strafrecht und Verfassung*, Nomos, Baden-Baden, pp. 13.
- (2010), «Conveniencia y respeto: sobre lo hipotético y lo categórico en la fundamentación del Derecho penal», *Indret*, (4).
- GRECO/CARACAS (2015), «Internal investigations und Selbstbelastungsfreiheit», *NStZ*, (7), pp. 7.
- GUINARTE CABADA (2014), «La política criminal de la Unión Europea en materia de blanqueo de capitales», *IV Congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, pp. 245.
- GÜNTHER, Julius (2019), «Konsequenzen der Tat: die Einziehung von Beziehungsgegenständen und die möglichen prozessualen Ermittlungsmassnahmen bei Verdacht auf Geldwäsche», en SCHRÖDER/BERGMANN (eds.), *Geldwäsche. Materiellrechtliche und prozessuale Überlegungen*, Univ. Halle-Wittenberg, Halle an der Saale, pp. 193.
- GURULE (1995), «The Money Laundering Control Act of 1986: creating a new federal offense or merely affording federal prosecutors an alternative means of punishing specified unlawful activity?», *Scholarly Works*, (21).
- GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ (2015), «Acelerar primero para frenar después: la búsqueda de criterios restrictivos en la interpretación del delito de blanqueo de capitales», *RGDP*, (24),
- GUTMANN (2010), «Würde und Autonomie. Überlegungen zur kantischen Tradition», *Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik*, (2), pp. 6
- HABERMAS (2003), *A era das transições*, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro.
- (1997), *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro.
- (1987), *Teoría de la acción comunicativa*, v. II, Taurus, Madrid.
- HALLER/KÖLZ/GÄCHTER (2008), *Allgemeines Staatsrecht*, 4<sup>a</sup> ed., Schulthess, Basel.

- HAMM (2000), «Geldwäsche durch die Annahme von Verteidigerhonorar?», *NJW*, pp. 636.
- HANTSCHEL (2015), *Die strafrechtliche Unterlassungsverantwortlichkeit eines betrieblichen Datenschutzbeauftragten*, Kovac, Hamburg.
- HARDOUIN (2009), «Banks governance and public-private partnership in preventing and confronting organized crime, corruption and terrorism financing», *Journal of Financial Crime*, (16 - 3), pp. 199.
- HARVEY/FUNG LAU (2009), «Crime-money, reputation and reporting», *Crime, Law & Social Change*, (52 - 1), pp. 57.
- HASSEMER (2008), *Strafrecht. Sein Selbstverständnis, seine Welt*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin.
- HAVA GARCIA (2002), *La imprudencia inconsciente*, Comares, Granada.
- HEINRICH (2015), «§ 261», en ARZT *et al.* (eds.), *Strafrecht. BT*, 3<sup>a</sup> ed., Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld.
- HEINRICH/FERNANDEZ (2014), «Die Strafbarkeit des Strafverteidigers wegen Geldwäsche durch Annahme des Honorars nach südafrikanischem und deutschem Recht», *ZStW*, (126 - 2), pp. 382.
- HEINTZEN (2002), «Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung», *VVDStRL*, (62), pp. 222.
- HERZOG (2014), «§ 261», en NESTLER/HERZOG (eds.), *Geldwäschegesetz*, 2<sup>a</sup> ed., Beck, München.
- HERZOG/ACHTELIK (2014), «Einleitung», en HERZOG (eds.), *GwG-Kommentar*, 2<sup>a</sup> ed., Beck, München.
- HERZOG/CHRISTMANN (2003), «Geldwäsche und “Bekämpfungsgesetzgebung”- Ein Plädoyer für rechtsstaatliche Sensibilität», *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, (1), pp. 6.
- HILL/JOUTSEN (2018), «Combating transnational crimes takes a public-private partnership», en REICHEL/RANDA (eds.), *Transnational Crime and Global Security*, v. 2, Praeger, Santa Barbara, pp. 275.
- HIMAAMBO (2017), «Role of Banks as Private Police in the Anti-Money Laundering Crusade», *Bocconi Legal Papers*, (9), pp. 157.
- HOFFMANN-RIEM (2016), «Der Staat als Garant von Freiheit und Sicherheit», en MÜNCH/PAPIER (eds.), *Freiheit und Sicherheit: Verfassungspolitik, Grundrechtsschutz, Sicherheitsgesetze. Tutzinger Studien zur Politik*, Nomos, Baden-Baden.

- (2000), «Von der Erfüllungs- zur Gewährleistungsverantwortung – eine Chance für den überforderten Staat», en HOFFMANN-RIEM (eds.), *Modernisierung von Recht und Justiz*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., pp. 15.
- HOHMANN (2017), «§138», en MIEBACH (eds.), *MK-StGB*, 3<sup>a</sup> ed., C. H. Beck, Múnich
- HÖLSCHER, Reinhold/GESMANN-NUISSL, Dagmar/HORNBACH, Christian (2011), *Systeme zur Geldwäschebekämpfung in der EU*, Erich Schmidt, Berlin.
- HONNETH (2011), *Das Recht der Freiheit*, Suhrkamp, Berlin.
- HOPPE/SCHMITZ (2013), «Public-private partnerships versus traditional procurement: Innovation incentives and information gathering», *Rand Journal of Economics*, (44 - 1), pp. 56.
- HÖRETH (1996), *Die Bekämpfung der Geldwäsche: unter Berücksichtigung einschlägiger ausländischer Vorschriften und Erfahrungen*, Univ. Tübingen, Tübingen.
- INTERNATIONAL MONETARY FUND (2004), *Financial Intelligence Units: an overview*, World Bank, Washington DC.
- ISENSEE (1983), *Das Grundrecht auf Sicherheit*, Walter de Gruyter, Berlin, New York.
- IWANGOFF (2009), *Die Duldungspflichten im Rechtfertigenden Notstand*, Helbing Lichtenhahn, Basilea.
- J. TRAUTMAN (2017), «Following the money: lessons from the Panama Papers», *Penn St. L. Rev.*, (807), pp. 807.
- JAHN/EBNER (2009), «Die Anschlussdelikte - Geldwäsche», *JuS*, (7), pp. 597.
- JAKOBI (2018), «Governing illicit finance in transnational security spaces: the FATF and anti-money laundering», *Crime, Law and Social Change*, (69 - 2), pp. 173.
- JAKOBS (2012), *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Klostermann, Frankfurt am Main.
- (2004), «Indiferencia como dolo indirecto», en ZUGALDÍA ESPINAR/BARJA DE QUIROGA (eds.), *Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo, vol. 1*, Marcial Pons, Madrid, pp. 345.
- (2003), *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Civitas, Madrid.
- (2000), *Acción y omisión en Derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- (2000), «La omisión, estado de la cuestión», *Sobre el estado de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, pp. 129.

- (1999), «Teoría y praxis de la ingerencia», *ADPCP*, (LII), pp. 17.
- (1997), «La competencia por organización en el delito omisivo. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión», *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid.
- (1997), *PG*, Marcial Pons, Madrid.
- (1997), «Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos», *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, pp. 127.
- (1996), *La imputación penal de la acción y de la omisión*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- (1994), *La competencia por organización en el delito omisivo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- JEKEWITZ (2006), «Nationale Massnahmen der Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung», en HERZOG/MÜLHAUSEN (eds.), *Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung*, C. H. Beck, Múnich, pp. 61.
- JESCHECK/WEIGEND (2002), *PG*, Comares, Granada.
- JIMÉNEZ BONILLA (2010), «Cap. II. Exigencia judicial de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas», en FUENTES BARDAJÍ (eds.), *Manual de responsabilidad pública*, 2ª ed., Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 497.
- JOHN-KOCH (2005), *Organisationsrechtliche Aspekte der Aufgabenwahrnehmung im modernen Staat*, Duncker & Humblot, Berlin.
- JUNG (1996), «Zur privatisierung des Strafrechts», en JUNG, Heike *et al.* (eds.), *Perspektiven der Strafrechtsentwicklung*, Nomos, Baden-Baden, pp. 68.
- KAUFMANN, Michael (2001), *Die Bedeutung der Einbeziehung von Bankmitarbeitern in die strafrechtliche Bekämpfung der Geldwäsche*, Peter Lang, Frankfurt am Main.
- KEANE (1998), *Civil Society. old images, new visions*, Polity Press, Cambridge.
- KESSLER (2012), *Strafrechtliche Aspekte von Corporate Governance*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin.
- KILCHLING (1999), «Geldwäsche und Gewinnabschöpfung in internationaler Perspektive: Rechtliche und rechtstatsächliche Grundlagen für ein vergleichendes empirisches Forschungsprojekt», *Forschungen zu Kriminalität und Kriminalitätskontrolle am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg i. Br.*, pp. 79.
- KINDHÄUSER (2013), *AT*, 7ª ed., Nomos, Baden-Baden.
- (2012), «¿Qué es la imprudencia?», *ADPE*, (2), pp. 239.

- KLESCZEWSKI (1991), *Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft*, Duncker & Humblot, Berlin.
- KNORZ (1996), *Der Unrechtsgehalt des § 261 StGB*, Peter Lang, Fankfurt a.M.
- KÖHLER (1997), *AT*, Springer, Berlin.
- KÖLBEL (2017), «Unternehmenskriminalität und (Selbst-)Regulierung», *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, (6), pp. 430.
- (2016), «Zu Herausforderungen für das regulatorische Strafrecht», en TIEDEMANN *et al.* (eds.), *FS- Vogel*, Nomos, Baden-Baden, pp. 379.
- (2013), «Criminal Compliance – ein Missverständnis des Strafrechts?», *ZStW*, (3 - 125), pp. 499.
- KOSLOWSKI (2015), *Harmonisierung der Geldwäschestrafbarkeit in der Europäische Union*, Nomos, Baden-Baden.
- KREMER/KLAHOLD (2010), «Compliance-Programme in Industriekonzernen», *ZGR*, (39 - 1), pp. 113.
- KUBICIEL (2017), «Libertades, instituciones y delitos de peligro abstracto», *InDret*, (3).
- KÜHL(2017), *AT*, 7<sup>a</sup> ed., Franz Vahlen, Múnich.
- KÜHL/LACKNER (2011), «§261», *StGB Kommentar*, 27<sup>a</sup> ed., Beck, München.
- KUHLEN (2012), *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, Marcial Pons, Madrid.
- (2012), «Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito», en VON HIRSCH, Andrew *et al.* (eds.), *Límites al Derecho penal*, Atelier, Barcelona, pp. 225.
- KUNBACH (2007), *Solidaritätspflichten Unbeteiligter*, Nomos, Baden-Baden.
- LADÉUR (2001), «Die Regulierung von Selbstregulierung und die Herausbildung einer “Logik der Netzwerke”. Rechtliche Steuerung und die beschleunigte Selbsttransformation der postmodernen Gesellschaft», en VV.AA. (eds.), *Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates*, Duncker & Humblot, Berlin, pp. 59.
- LAMPE (1994), «Der neue Tatbestand der Geldwäsche», *JZ*, (3), pp. 123.
- LANGER (2004), «From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization thesis in Criminal Procedure», *Harv. International Law Journal*, (45 - 1), pp. 1.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ (2002), *Los delitos de omisión*, Civitas, Madrid.



- LAUFER (2017), «The missing account of progressive corporate criminal law», *Journal of Law & Business*, (14 - 1), pp. 71.
- (2016), «Compliance and evidence: glimpses of optimism from a perennial pessimist», en TIEDEMANN *et al.* (eds.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, Nomos, Baden-Baden, pp. 423.
- (1999), «Corporate liability, risk shifting and the paradox of compliance», *Vanderbilt Law Review*, (52), pp. 1343.
- LEVI-FAUR, David (2017), «Regulatory capitalism», en DRAHOS (eds.), *Regulatory Theory. Foundations and applications*, Australia National University Press, Sidney, pp. 289.
- LEVI, M/REUTER, P (2006), «Money laundering», *Crime and Justice*, (34 - 1), pp. 289.
- LEVI, (2002), «Money laundering and its regulation», *Annals AAPSS*, pp. 181.
- LEVI/GILMORE (2002), «Terrorist Finance, Money Laundering and the rise and rise of mutual evaluation: A new paradigm for crime control?», *European Journal of Law Reform*, (4 - 2), pp. 337.
- LEVI/REUTER (2011), «Money laundering», en TONRY (eds.), *The Oxford Handbook of crime and public policy*, Oxford University Press, Oxford, pp. 289.
- LEVI/REUTER/HALLIDAY (2018), «Can the AML system be evaluated without better data?», *Crime Law and Social Change*, (69), pp. 307.
- (2014), «Global surveillance of dirty money: assessing assessments of regimes to control money-laundering and combat the financing of terrorism. Report», *Center on Law and Globalization*.
- LEVI/SOUDIJN(2020), «Understanding the Laundering of Organized Crime Money», *Crime and Justice*, (49), pp. 579.
- LIAO/ACHARYA (2011), «Transshipment and trade-based money laundering», *Journal of Money Laundering Control*, (14 - 1), pp. 79.
- LICHTENBERG (2010), «Negative duties, positive duties, and the “New Harms”», *Ethics*, (120 - 3), pp. 557.
- LÓPEZ LORCA (2019), «Estrategias de cooperación en la lucha contra la piratería marítima. Un ejemplo de gobernanza global», en NIETO MARTÍN, Adán/GARCÍA MORENO (eds.), *Ius Puniendi y global law: hacia un Derecho penal sin Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 201.
- LOPEZ RUIZ/GARCÍA DíEZ/MALLADA FERNÁNDEZ (2015), *Guia práctica de prevención del blanqueo de capitales*, Thomson Reuters, Madrid.
- LÖWE-KRAHL (2012), «Geldwäsche», en ACHENBACH/RANSIEK (eds.), *Handbuch*

- Wirtschaftsstrafrecht*, 3ª ed., Müller, Heidelberg, pp. 1589.
- LÜDERSSEN (2010), «Finanzmarktkrise, Risikomanagement und Strafrecht», en KEMPF *et al.* (eds.), *Die Finanzkrise, das Wirtschaftsstrafrecht und die Moral*, de Gruyter, Berlin, pp. 290.
- LUHMANN (1993), *Teoría política en el Estado de Bienestar*, Alianza, Madrid.
- MACHADO (2012), «Similar in Their Differences: Transnational Legal Processes Addressing Money Laundering in Brazil and Argentina», *Law and Social Inquiry*, (37 - 2), pp. 330.
- MADER (2004), «Regulierung, Deregulierung, Selbstregulierung: Anmerkungen aus legistischer Sicht», *ZSR*, (II - 1), pp. 1.
- MANES (2016), «Die Herausforderungen regulativer Strafrechtsmodelle zwischen Verfassung und europäischen Gerichten», en TIEDEMANN *et al.* (eds.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, Nomos, Baden-Baden, pp. 401.
- MARTÍN PARDO (2019), «Una propuesta de delimitación del concepto de blanqueo de capitales en sentido estricto», en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (eds.), *VI Congreso Internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 505.
- MARTINEZ-ARRIETA (2014), *El autoblanqueo: el delito fiscal como delito antecedente del blanqueo de capitales*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ (2019), *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MASCIANDARO/PELLEGRINA (2009), «The risk based approach in the new european anti-money laundering legislation: a law and economics view», *Review of law and economics*, (5 - 2), pp. 931.
- MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD (2005), *BT*, 9ª ed., C. F. Müller, Heidelberg.
- MAURACH/ZIPF (1992), *AT, Band I*, 8ª ed., C.F. Müller, Heidelberg.
- MAXIMILIAN TEICHMANN (2019), «Recent trends in money laundering and terrorism financing», *Journal of Financial Regulation and Compliance*, (27 - 1), pp. 2.
- MAXWELL (2019), «Expanding the Capability of Financial Information-Sharing Partnerships», Royal United Services Institute (*RUSI*).
- MCCARTHY, Killian (2013), «Why do some States tolerate money laundering?», en UNGER/LINDE (eds.), *Research Handbook on Money Laundering*, Edward Elgar, Cheltenham, pp. 127.
- MEER (2006), «Begriff, Phänomen und Erscheinungsformen der Geldwäsche», en HERZOG/MÜLHAUSEN (eds.), *Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung*,

- C.H. Beck, München, pp. 2.
- MEHRAN/MORRISON/SHAPIRO (2012), «Corporate governance and banks: what have we learned from the financial crisis?», en DEWATRIPONT/FREIXAS (eds.), *The crisis aftermath: new regulatory paradigms*, Centre for Economic Policy Research, London, pp. 11.
- METZGER, Gillian (2003), «Privatization as delegation», *Col. L. Rev.*, (103), pp. 1367.
- MICHAEL, Douglas (1996), «Cooperative Implementation of Federal Regulations», *The Yale Journal on Regulation*, (13), pp. 535.
- MICHAELSEN (2011), *Abweichungen vom Deutschen Corporate Governance Kodex*, Universität Göttingen, Göttingen.
- MIETH (2012), *Positive Pflichten*, de Gruyter, Berlin.
- MILANS DEL BOSCH (2011), «Principales novedades que introduce la Ley 10/2010, de 28 de abril, sobre prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo», en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (eds.), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 45.
- MIR PUIG (2016), *PG*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona.
- (1994), *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Barcelona.
- MIRÓ-LLINARES (2013), «La respuesta penal al ciberfraude. Especial atención a la responsabilidad de los muleros del phishing», *RECPC*, (15 - 12), pp. 1.
- MOCCIA (1997), «De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales», en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (eds.), *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, pp. 113.
- MOLINA FERNÁNDEZ (2009), «Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales? Reflexiones sobre un bien jurídico problemático, y a la vez aproximación a la “participación” en el delito», en BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO, Silvina (eds.), *Política criminal y blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, pp. 91.
- (1998), «Omisión de socorro y omisión de asistencia sanitaria», en BAJO FERNÁNDEZ (eds.), *Compendio de Derecho penal. Parte especial, v. II*, Centro de Estudios Ramon Areces, Madrid, pp. 140.
- MONTALVO (2003), «Protección penal del sistema financiero», *Diario La Ley*, (XXIV - 5865),
- MONTANER FERNÁNDEZ (2015), «El criminal compliance desde la perspectiva de la delegación de funciones», *Estudios penales y criminológicos*, (XXXV), pp. 733.

- (2012), «La posible responsabilidad penal del auditor ambiental», *InDret*, (2).
- (2008), *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal: a propósito de la gestión medioambiental*, Atelier, Barcelona.
- MOORE (2012), «The Practical Political Economy of Illicit Flows», en REUTER (eds.), *Draining development?*, World Bank, Washington DC, pp. 457.
- MORENO/GARCÍA (1998), «La omisión del deber de impedir delitos y de promover su evitación», *Actualidad Penal*, (XXXVII - 2), pp. 691.
- MUÑOZ CONDE (2015), *Derecho penal. Parte especial*, 19ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2009), «Consideraciones en torno al bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales», en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (eds.), *I Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 157.
- MUÑOZ MACHADO (2009), «Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica», en MUÑOZ MACHADO/ESTEVE PARDO (eds.), *Derecho de la regulación económica*, Iustel, Madrid, pp. 15.
- MÜSSIG (2005), «Strafverteidiger als ‘Organ der Rechtspflege’ und die Strafbarkeit wegen Geldwäsche – Zu (strafrechtsdogmatischen) Perspektiven der Strafverteidigung nach dem Geldwäscheurteil des BVerfG», *wistra*, (6), pp. 201.
- NADDEO/CIAGLIA (2001), «Mercado financiero, lealtad normativa y lavado de ingresos ilícitos», *Revista de Derecho penal*, (2), pp. 207.
- NAHEEM (2018), «Illicit financial flows: HSBC case study», *Journal of Money Laundering Control*, (21 - 2), pp. 231.
- NAKAJIMA (2017), «Editorial», *Journal of Money Laundering Control*, (20 - 4), pp. 322.
- NANCE (2018), «The regime that FATF built: an introduction to the Financial Action Task Force», *Crime Law Soc Change*, (69), pp. 109.
- NAVAS MONDACA (2018), *Deberes negativos y positivos en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- NEIRA (2016), «La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal», *Política criminal*, (11 - 22), pp. 467.
- NESTLER (2006), «Der Straftatbestand der Geldwäsche», en HERZOG/MÜLHAUSEN (eds.), *Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung*, Beck, München, pp. 99.
- NEUHEUSER (2015), «Die Strafbarkeit des Geldwäschebeauftragten wegen Geldwäsche durch Unterlassen bei Nichtmelden eines Verdachtsfalles gemäß §1 Abs.1

- GwG», *NZWist*, (7), pp. 241.
- (2012), «§ 261», *MK-StGB*, Beck, München.
- NEUMANN (2013), «Die rechtsetische Begründung des “rechtfertigenden Notstands” auf der Basis von Utilitarismus, Solidaritätsprinzip und Loyalitätsprinzip», en VON HIRSCH *et al.* (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, pp. 155.
- (2013), «§34», en KINDHÄUSER *et al.* (eds.), *NK-StGB*, Nomos, Baden-Baden.
- NEUREUTHER (2019), «Geldwäsche im Unternehmen: Aufsichtsrechtliche Pflichten nach dem GwG, Rolle und Arbeit der Aufsichtsbehörden und aufsichtsrechtliche Sanktionen», en BERGMANN (eds.), *Geldwäsche. Materiellrechtliche und prozessuale Überlegungen*, Univ. Halle-Wittenberg, Halle an der Saale, pp. 23.
- NIETO MARTÍN (2013), «La privatización de la lucha contra la corrupción.», en ZAPATERO/NIETO MARTÍN (eds.), *En derecho penal económico en la era compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2013), «Regulatory capitalism y cumplimiento normativo», en NIETO MARTÍN, Adán/ARROYO ZAPATERO, Luis (eds.), *El derecho penal económico en la era compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 11.
- (2013), «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en Derecho penal», en KUHLEN *et al.* (eds.), *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, pp. 21.
- (2008), «Responsabilidad social, gobierno corporativo y regulación: sus influencias en el Derecho penal de la empresa», en BAJO FERNÁNDEZ *et al.* (eds.), *Gobierno corporativo y Derecho penal*, Ramón Areces, Madrid, pp. 131.
- (2008), «Autorregulación, compliance y justicia restaurativa», en ARROYO JIMÉNEZ/NIETO MARTÍN, Adán (eds.), *Autorregulación y sanciones*, Lex Nova, Valladolid, pp. 81.
- (2008), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid.
- (2007), «¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico?», *Revista Penal*, (19), pp. 120.
- (2004), «El programa político-criminal del Corporate Government», *Revista de derecho y proceso penal*, (11), pp. 259.
- NOBEL (2002), «Deregulierung», en BOEMLE *et al.* (eds.), *Geld-, Bank-, und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz*, SKV, Zürich.
- NORMAN (2015), «The jeopardy of the bank in enforcement of normative anti-money laundering and countering financing of terrorism regimes», *Journal of Money Laundering Control*, (18 - 3), pp. 352.

- NUÑEZ PAZ (2009), «Criminalidad, capital y corrupción. Orígenes delincuenciales y precisiones contemporáneas», en SÁNCHEZ STEWART/ABEL SOUTO (eds.), *I Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 263.
- OGBAMICHAEL (2011), *Das neue deutsche Geldwäscherecht*, de Gruyter, Göttingen.
- ORTS BERENGUER (2013), «Delimitación entre encubrimiento, receptación y blanqueo respecto a las modalidades de posesión y uso incorporadas por la L.O. 5/2010», en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (eds.), *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 251.
- PALACIOS CRIADO (2005), «Agentes intervinientes: el deber de colaboración. Especial mención de los notarios», *Estudios de derecho judicial*, (73), pp. 43.
- PALMA HERRERA (2000), *Los delitos de blanqueo de capitales*, Edersa, Madrid.
- PARKMAN (2012), *Mastering anti-money laundering and counter-terrorist financing*, Pearson, Harlow.
- PATERSON, C. (2008), «Commercial crime control and the electronic monitoring of offenders in England and Wales», *Social Justice*, (34 - 3-4), pp. 98.
- PAWLIK (2017), *Normbestätigung und Identitätsbalance*, Nomos, Baden-Baden.
- (2016), «Las competencias del ciudadano», en PAWLIK (eds.), *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Atelier, Barcelonapp. 81
- (2016), *Ciudadanía y derecho penal*, Atelier, Barcelona.
- (2014), «Solidarität als strafrechtliche Legitimationskategorie: das Beispiel des rechtfertigenden Aggressivnotstandes», *JRE*, (22), pp. 137
- (2012), *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr Siebeck, Tubinga.
- (2010), *La libertad institucionalizada*, Marcial Pons, Madrid.
- (2008), «El funcionario policial como garante de impedir delitos», *InDret*, (1).
- (2002), *Der rechtfertigende Notstand*, Walter de Gruyter, Berlin, New York.
- (2002), «Die Notwehr nach Kant und Hegel», *ZStW*, (114 - 2).
- (1999), *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Carl Heymanns, Köln.
- (1995), «Unterlassene Hilfeleistung: Zuständigkeitsbegründung und systematische Struktur», *GA*, (142 - 8), pp. 360.
- PAZ-ARES (2008), «Deber de lealtad y gobierno corporativo», en BAJO FERNÁNDEZ *et*

- al. (eds.), *Gobierno corporativo y Derecho penal*, Centro de Estudios Ramon Areces, Madrid, pp. 13.
- PELÁEZ MARTOS (2010), *Blanqueo de capitales. Obligaciones de empresas y profesionales en la nueva ley*, Wolters Kluwer, Valencia.
- PERDOMO TORRES (2011), *Die Duldungspflicht im rechtfertigenden Notstand*, Nomos, Baden-Baden.
- (2001), *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión. La contribución de la filosofía del derecho de Hegel a la solución*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- PÉREZ LUÑO (2010), *Derechos humanos, Estado de Derecho y constitución*, 10ª ed., Tecnos, Madrid.
- PÉREZ MANZANO (2009), «Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales», en BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO, Silvina (eds.), *Política criminal y blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid.
- (1994), «El tipo subjetivo en los delitos de receptación y blanqueo de dinero», *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 221.
- PETER, Yeoh (2014), «Enhancing effectiveness of anti-money laundering laws through whistleblowing», *Journal of Money Laundering Control*, (17 - 3), pp. 327.
- PIETH (2007), «vor §305 bis», en NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (eds.), *Strafrecht II. Basler Kommentar*, 2ª ed., Helbing Lichtenhahn, Basel.
- (1997), «Internationale Harmonisierung von Strafrecht als Antwort auf transnationale Wirtschaftskriminalität», *ZStW*, (109 - 4), pp. 756.
- PIETH/AIOLFI (2003), «The Private Sector Becomes Active: The Wolfsberg Process», *Journal of Financial Crime*, (10 - 4), pp. 359.
- PLAUMANN-EWEDWALDBESLOH/ZEMKE (2013), «Einleitung», en PLAUMANN-EWEDWALDBESLOH/ZEMKE (eds.), *Bankenkommentar zum Geldwäscherecht*, Finanz Colloquium Heidelberg, Heidelberg.
- POTOCIC (2015), *Korruption, amerikanische Börsenaufsicht und Ermittlungen durch Private in Deutschland*, Nomos, Baden-Baden.
- QUEDENFELD (2017), «Zusammenarbeit mit Strafverfolgungsbehörden und staatlichen Stellen», en QUEDENFELD (eds.), *Bekämpfung der Geldwäsche und Wirtschaftskriminalität*, Erich Schmidt, Berlin, pp. 421.
- QUINTERO OLIVARES (2010), «Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil», *RECPC*, (12 - 2), pp. 1.

- RAGUÉS I VALLÉS (2013), *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid.
- RAGUÉS I VALLÉS (2013), «Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de los delitos en la empresa», en MONTANER FERNÁNDEZ/SILVA SÁNCHEZ, (eds.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, pp. 161.
- (2006), «¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político-criminal», *InDret*, (3).
- (2002), «Blanqueo de capitales y negocios standard. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de blanqueo», en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (eds.), *Libertad económica o fraudes punibles?*, Marcial Pons, Madrid, pp. 127.
- RAMACHANDRAN/COLLIN/JUDEN (2018), «De risking: An Unintended Negative Consequence of AML/CFT Regulation», en KING *et al.* (eds.), *The Palgrave handbook of criminal and terrorism financing law*, Palgrave Macmillan, Cham, pp. 237.
- RANSIEK/HÜLS (2009), «Strafrecht zur Regulierung der Wirtschaft», *ZGR*, pp. 157.
- RAWLS (1971), *A theory of justice*, Harvard University Press, Cambridge.
- REBOLLO PUIG (2017), «La actividad inspectora», en DÍEZ SÁNCHEZ (eds.), *Actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, pp. 55.
- REINISCH (2005), «The Changing International Legal Framework for Dealing with Non-State Actors», en ALSTON (eds.), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, pp. 37.
- REINLE (2007), *Die Meldepflicht im Geldwäschereigesetz: Die Banken im Spannungsfeld zwischen Geldwäschereibekämpfung und Vertrauensverhältnis zum Bankkunden*, Dike, Zürich.
- RENGIER (2015), *BT, II*, 16<sup>a</sup> ed., C. H. Beck, Múnich.
- (2012), *AT*, 7<sup>a</sup> ed., C. H. Beck, Múnich..
- RENZIKOWSKI (1994), *Notstand und Notwehr*, Duncker & Humblot, Berlin.
- RENZIKOWSKI (2013), «Solidarität in Notsituationen - ein historischer überblick von Thomas v. Aquin bis Hegel», en NEUMANN *et al.* (eds.), *Solidarität im Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, pp. 13.
- REUTER (2017), *Illicit Financial Flows and Governance: The Importance of Disaggregation. Background paper for World Development Report 2017*.



- REUTER/TRUMAN (2005), *Chasing dirty money: the fight against money laundering*, Peterson Institute, Washington DC.
- (2005), «Anti-money laundering overkill? It's time to ask how well the system in working», *The International Economy*, (winter), pp. 56
- REY PÉREZ (2015), *Sostenibilidad del estado de bienestar en España*, Dykinson, Madrid.
- RICHARDS/SMITH (2006), «The tensions of political control and administrative autonomy», en CHRISTENSEN/LAEGREID (eds.), *Autonomy and regulation*, Edward Elgar, Northampton, pp. 181.
- ROBLES PLANAS (2015), «Delitos contra el patrimonio (III). Receptación y blanqueo de capitales (arts. 298-304 CP)», *Lecciones de Derecho penal. Parte especial*, Atelier, Barcelona.
- (2013), «El responsable de cumplimiento (“compliance officer”) ante el Derecho penal», en SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ (eds.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, pp. 319.
- (2013), «Deberes negativos y positivos en derecho penal», *InDret*, (4).
- (2012), «Dogmática de los límites al Derecho penal», en ROBLES PLANAS (eds.), *Límites al Derecho penal*, Atelier, Barcelona.
- (2010), «En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos», en LUZÓN PEÑA (eds.), *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. LH-Mir Puig*, La Ley, Madrid, pp. 445.
- (2008), «Riesgos Penales del Asesoramiento Jurídico», *La Ley*, (7015 - XXIX).
- (2007), *Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales*, Atelier, Barcelona.
- (2003), *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid.
- ROGALL (1991), *Die Strafbarkeit von Amtsträgern im Umweltbereich*, Erich Schmidt, Berlin.
- RÖNNAU (2010), «Globale Finanzkrise - Quellen möglicher Strafbarkeit risiken», en SCHÜNEMANN (eds.), *Die sogenannte Finanzkrise - Systemversagen oder global organisierte kriminalität?*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, pp. 43.
- ROTSCH (2015), «Criminal compliance - Begriff, Entwicklung und theoretische Grundlegung», en ROTSCH (eds.), *Criminal Compliance Handbuch*, Nomos, Baden-Baden, pp. 31.

- ROXIN (2015), *Täterschaft und Teilnahme*, 9ª ed., de Gruyter, Berlin.
- (2006), *AT, Band I*, 4ª ed., C. H. Beck, München.
- (2003), *AT, Band II*, 1ª ed., C. H. Beck, München.
- (2000), *Política criminal y sistema de derecho penal*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires.
- RUDOLPHI (1983), «Probleme der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Amtsträgern für Gewässerverunreinigungen», en HANACK *et al.* (eds.), *FS-Dünnebieber*, Walter de Gruyter, Berlin, New York, pp. 561.
- RUDOLPHI/STEIN (2014), «§13», *SK-StGB*, 8ª ed.
- RUHMANNSEDER (2015), «§ 261», en HEINTSCHEL/HEINEGG (eds.), *BeckOK - StGB*, 29ª ed., Beck, München.
- SALEHI, Ahmad/GHAZANFARI, Mehdi/FATHIAN, Mohammed (2017), «Data mining techniques for anti money laundering», *International Journal of Applied Engineering Research*, (12 - 20), pp. 10084.
- SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (2005), *Los delitos de encubrimiento*, Grijley, Lima.
- (2004), *¿Encubridores o cómplices? contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*, Civitas, Pamplona.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (2008), «Blanqueo de capitales y abogacía», *InDret*, (1).
- (2002), *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid.
- (1999), «Estudio sobre los deberes positivos, el mandato y la figura del consenso en Derecho penal», *Cuadernos de política criminal*, (68), pp. 347.
- SÁNCHEZ HUETE (2019), *Tributación, fraude y blanqueo de capitales: entre la prevención y la represión*, Marcial Pons, Madrid.
- SÁNCHEZ STEWART (2011), «Abogados y blanqueo de capitales», en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (eds.), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 11.
- SANGENSTEDT (1989), *Garantenstellung und Garantienpflicht von Amtsträgern*, Peter Lang, Frankfurt del Meno.
- SANSEVERINO (2015), «Corruzione e riciclaggio», en RAZZANTE (eds.), *Corruzione, riciclaggio e mafia*, Aracne, Ariccia, pp. 69.
- SARHAN (2017), «Wie viel Kooperation zwischen Unternehmen und der Strafjustiz bei

- der Aufklärung verbandsinterner Kriminalität verträgt der Strafprozess?», *Wistra*, (9), pp. 336.
- SBRAGIA (1999), «The European Union as Coxswain: governance by steering», en PIERRE (eds.), *Debating governance: authority, steering, and democracy*, Oxford University Press, Oxford, pp. 219.
- SCHEDLER (2001), «Auswirkungen des Gewährleistungsstaats – Modells auf die Organisation. Hält die Realität die Komplexität des entstehenden Pluralismus aus?», en SCHWEIZER/WINDISCH (eds.), *Integratives Rechtsdenken. Im Diskurs mit Philippe Mastronardi*, Zürich, pp. 97.
- SCHMIDT/KRAUSE (2010), «§261», en WILHELM/VOGEL (eds.), *LK-StGB*, de Gruyter, Berlin.
- SCHMITZ (2018), «§1», en STELKENS *et al.* (eds.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 9<sup>a</sup> ed., C. H. Beck, München.
- (2014), «Vor §324ff.», en JOECKS, Wolfgang/MIEBACH (eds.), *MK-StGB*, 2<sup>a</sup> ed., C. H. Beck, München.
- SCHNABL (2020), «Geldwäsche Vorbemerkung», en WABNITZ *et al.* (eds.), *Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 5<sup>a</sup> ed., C. H. Beck, Munich.
- SCHNEIDER/GOTTSCHALDT (2011), «Offene Grundsatzfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Compliance- Beauftragten in Unternehmen», *ZIS*, (7), pp. 573.
- SCHÜNEMANN(2012), «Wider verbreitete Irrlehren zum Untreuetatbestand», *Zis*, (5), pp. 182.
- (2010), «Die sog. Finanzkrise - Systemversagen oder global organisierte Kriminalität?», en SCHÜNEMANN (eds.), *Die sogenannte Finanzkrise - Systemversagen oder global organisierte kriminalität?*, BWV, Berlin, pp. 71.
- (2009), «Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt», *FS-Amelung*, Duncker & Humblot, Berlin, pp. 304.
- (2009), *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, Marcial Pons, Madrid.
- (1998), *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- (1971), *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Schwartz, Göttingen.
- SCIURBA (2019), *The Incompatibility of global anti-money laundering regimes with human and civil rights*, Nomos, Baden-Baden.

- (2018), *Anti-Money Laundering State Mechanisms*, Faust, Frankfurt del Meno.
- SEELMANN (2013), «¿Deberes de garante fundamentados en el Derecho privado?», en SEELMANN (eds.), *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, pp. 118.
- (2010), «Hegel und der Staat als Vertrag», en HOCHHUTH (eds.), *Nachdenken über Staat und Recht: Kolloquium zum 60. Geburtstag von Dietrich Murswiek*, Duncker & Humblot, Berlin, pp. 81.
- (2010), *Rechtsphilosophie*, 5ª ed., C. H. Beck, München.
- (2007), «Nichtstun als Straftat: Bedeutungszuwachs und Problempotenzial der unechten Unterlassungsdelikte», *ZStrR*, (3), pp. 262.
- (2004), «Ebene der Zurechnung bei Hegel», en RENZIKOWSKI, Joachim/KAUFMANN, Matthias (eds.), *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, Peter Lang, Frankfurt del Meno, pp. 85.
- (2003), «Menschenwürde zwischen Person und Individuum. Von der Repräsentation zur Selbst-Darstellung», en DÖLLING (eds.), *FS-Lampe*, Duncker & Humblot, Berlin, pp. 301.
- (2000), «Verantwortungszuweisung, Gefahrensteuerung und Verteilungsgerechtigkeit», en SEELMANN (eds.), *Aktuelle Fragen der Rechtsphilosophie*, Peter Lang, Berlin, pp. 41.
- (1995), «§ 13», *NK-StGB*, Nomos, Baden-Baden.
- (1995), «Unterlassene Hilfeleistung», *JuS*, (35 - 4), pp. 281.
- SERRANO GONZÁLES DE MURILLO (2009), «La responsabilidad penal de los miembros de las fuerzas policiales por no impedir delitos», *RDPC*, (3 - 2), pp. 127.
- SESSANO GOENAGA (2006), «Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional», *RECPC*, (03 - 8).
- SHARMAN, J.C./CHAIKIN (2009), *Corruption and money laundering, a symbiotic relationship*, Palgrave, New York.
- SHAUGHNESSY (2002), «The New EU Money-Laundering Directive: Lawyers as Gatekeepers and Whistleblowers», *Law and Policy in International Business*, (34 - 1), pp. 25.
- SHEHU (2010), «Promoting financial sector stability through an effective AML/CFT regime», *Journal of Money Laundering Control*, (13 - 2), pp. 139.
- SHEPHERD (2012), «The gatekeeper initiative and the risk-based approach to client due diligence», *The review of banking and financial services*, (28 - 4), pp. 33.

- SIEBER (2016), «Der Paradigmenwechsel vom Strafrecht zum Sicherheitsrecht», en TIEDEMANN *et al.* (eds.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, Nomos, Baden-Baden, pp. 351.
- (2013), «Programas de “compliance” en el Derecho penal de la empresa», en NIETO/ARROYO ZAPATERO (eds.), *El derecho penal económico en la era compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 63.
- (2008), «Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht», en DANNECKER *et al.* (eds.), *FS- Tiedemann*, Heymann, Köln, pp. 449.
- SILVA SÁNCHEZ (2018), *Malum passionis: mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona.
- (2018), «La eximente de “modelos de prevención de delitos”. Fundamento y base para una dogmática», en RAGUÉS I VALLÈS/ROBLES PLANAS (eds.), *Delito y empresa: estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial*, Atelier, Barcelona, pp. 231.
- (2016), «“The marriage of the regulatory process and the criminal law” - Eine verfassungsrechtlich kritische Einführung», en TIEDEMANN *et al.* (eds.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, Nomos, Baden-Baden, pp. 411.
- (2015), *En busca del Derecho penal*, B. de F., Buenos Aires.
- (2014), «El abogado es garante... ¿de qué?», *InDret penal*, (2).
- (2013), «Deberes de vigilancia y compliance empresarial», en KUHLEN *et al.* (eds.), *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, pp. 79.
- (2013), *Fundamentos del derecho penal de empresa*, B. de F., Buenos Aires.
- (2012), «La responsabilidad penal del notario», *Anuario de Derecho penal económico y de la empresa*, (2), pp. 111.
- (2012), «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español», *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, (65 - 65), pp. 7
- (2011), «Expansión del derecho penal y blanqueo de capitales», en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (eds.), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 131.
- (2010), *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., B de F, Buenos Aires.
- (2010), «Rationale Strafzumessung durch Straftatdogmatik», en HERZOG/NEUMANN (eds.), *FS-Hassemer*, C. F. Müller, Heidelberg, pp. 625.

- (2008), *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, B de F, Buenos Aires.
- (2007), «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia», *Revista Discusiones*, (7), pp. 25.
- (2006), «La intervención de notarios en la comisión de delitos patrimoniales y económicos», *Estudios de Derecho Penal. Consejo General del Poder Judicial*, (73), pp. 165.
- (2006), *El delito de omisión*, B de F, Buenos Aires.
- (2005), «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia», en BARREIRO (eds.), *LH-Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson Civitas, Cizur Menor, pp. 1007.
- (2004), «La comisión por omisión: comentario al artículo 11 del Código Penal de 1995», en VIVES ANTÓN (eds.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2004), «Dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito», *Sistema integral del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid.
- (2001), «Zur Dreiteilung der Unterlassungsdelikte», en SCHÜNEMANN (eds.), *FS-Roxin*, de Gruyter, Berlin, New York, pp. 641.
- (2001), «Apuntes sobre el contexto histórico-dogmático del artículo 11 del Código Penal», *Diario La Ley*, (5 - 22139), pp. 1.
- (1999), «Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión: las estructuras de los arts. 195.3 y 196 del Código Penal», *Manuales de formación continuada. Ejemplar dedicado a: Problemas específicos de la aplicación del Código penal*, (4), pp. 153.
- (1999), «Artículo 11», en COBO DEL ROSAL (eds.), *Comentarios al Código Penal*, Edersa, Madrid, pp. 442.
- (1997), «Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites», en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (eds.), *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, pp. 17.
- (1996), «La regulación de la “comisión por omisión” en el nuevo Código Penal Español», *Revista Peruana de Ciencias Penales*, (7/8), pp. 575.
- (1996), «Apuntes sobre el contexto histórico-dogmático del artículo 11 del Código Penal», *Diario La Ley*, (5 - 313), pp. 1.
- (1993), «Política criminal y reforma legislativa en la “comisión por omisión”: el artículo 11 del proyecto de Código Penal de 1992», en VV.AA. (eds.), *Política criminal y reforma penal: homenaje a la memoria del prof. Dr. D. Juan del*

- Rosal, Edersa, Madrid, pp. 1069.
- (1992), *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona.
- (1989), «Aspectos de la comisión por omisión: Fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario», *Cuadernos de Política Criminal*, pp. 367.
- (1988), «Problemas del tipo de omisión de socorro. Comentario de la STS de 27 de abril de 1987», *ADPCP*, (XLI - II), pp. 561.
- (1987), «Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros», *ADPCP*, (XL - II), pp. 451.
- (1987), «La responsabilidad penal del medico», *La Ley*, (1), pp. 955.
- SILVA SÁNCHEZ/CANCIO MELIÁ (2008), *Delitos de organización*, B de F, Buenos Aires.
- SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ (2012), *Los delitos contra el medio ambiente*, Atelier, Barcelona.
- SILVA SÁNCHEZ/MONTANER FERNÁNDEZ/PASTOR MUÑOZ (2011), «La responsabilidad penal de los administradores», *La Ley Penal*, (22231), pp. 1.
- SINGER (1965), «Negative and Positive Duties», *The Philosophical Quarterly*, (59 - 15).
- SITTLINGTON/HARVEY (2018), «Prevention of money laundering and the role of asset recovery», *Crime Law Soc Change*, (70), pp. 421.
- SOLA RECHE (1999), *La omisión del deber de intervenir para impedir determinados delitos del art. 450 CP*, Comares, Granada.
- STEINDORF (2005), «§324», en JÄHNKE *et al.* (eds.), *LK-StGB*, 11ª ed., de Gruyter, Berlin.
- STRATENWERTH (1992), «Geldwäscherei - ein Lehrstück der Gesetzgebung», en PIETH (eds.), *Bekämpfung der Geldwäscherei. Modellfall Schweiz?*, Helbing Lichtenhahn, Basel, pp. 97.
- STRATENWERTH/WOHLERS (2013), «§ 305 ter», *Schweizerisches StGB - Handkommentar*, Stämpfli, Bern.
- STREE/HECKER (2014), «§ 261», en SCHÖNKE/SCHRÖDER (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29ª ed., Beck, München.
- SUAREZ GONZALEZ (2001), «Los delitos consistentes en la infracción de un deber. Particular referencia a los delitos cometidos por funcionarios», *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del Derecho penal*, Grijley, Lima, pp. 149.

- (1995), «Blanqueo de capitales y merecimiento e pena», *Revista Chilena de Derecho*, (22 - 2), pp. 227.
- SUENDORF (2001), *Geldwäsche. Eine kriminologische Untersuchung*, Luchterhand, Neuwied.
- TAKÁTS (2011), «A theory of “crying wolf”: The economics of money laundering enforcement», *Journal of Law, Economics, and Organization*, (27 - 1), pp. 32.
- TAUBE (2013), *Entstehung, Bedeutung und Umfang der Sorgfaltspflichten der Schweizer Banken bei der Geldwäschereiprävention im Bankenalltag*, Dike, Zürich.
- TIEDEMANN (2010), *Manual de Derecho penal económico*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2008), *Wirtschaftsstrafrecht. BT.*, 2<sup>a</sup> ed., Carls Heymanns, München.
- (1980), *Die Neuordnung des Umweltstrafrechts*, de Gruyter, Berlin.
- TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN (2013), «§305 ter», en PIETH/TRECHSEL (eds.), *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Praxiskommentar*, 2<sup>a</sup> ed., Dike, Zürich.
- TRÖNDLE/FISCHER (2006), «§261», en TRÖNDLE/FISCHER, Thomas (eds.), *Beck'sche Kurz-Kommentare*, 53<sup>a</sup> ed., C. H. Beck, München.
- (2006), «§324», *StGB Beckische Kommentar*, 53<sup>a</sup> ed., Beck, München.
- (2006), «§Vor 324», *StGB Beckische Kommentar*, 53<sup>a</sup> ed., Beck, München.
- UNGER (2013), «Money Laundering regulation: from Al Capone to Al Qaeda», en UNGER/VAN DER LINDE (eds.), *Handbook on Money Laundering*, Edward Elgar, Massachussets, pp. 19.
- (2009), «Money Laundering - A Newly Emerging Topic on the International Agenda», *Review of Law & Economics*, (5 - 2).
- (2007), *The scale and impacts of money laundering*, Edward Elgar, Massachussets.
- UNGER/LINDE (2013), *Research Handbook on Money Laundering Rethinking Money Laundering & Financing of Terrorism in International Law*, Edward Elgar, Cheltenham.
- UNGER *et al.* (2006), *The amounts and the effects of money laundering. Report for the Ministry of Finance*, Utrecht School of Economics, Urecht.
- VAN DER BROEK (2011), «The EU's preventive AML/CFT policy: asymmetrical harmonisation», *Journal of Money Laundering Control*, (14 - 2), pp. 170.
- VAN KONINGSVELD (2013), «Money laundering. You don't see it, until you understand



- it: rethinking the stages of the money laundering process to make enforcement more effective», en UNGER/LINDE (eds.), *Research handbook on money laundering*, Edward Elgar, Massachussets, pp. 435.
- (2013), «Rethinking the stages of the money laundering process», en UNGER/LINDE (eds.), *Handbook on Money Laundering*, Edward Elgar, Cheltenham, pp. 435.
- VARELA (2017), «25 aniversario del blanqueo imprudente: un par de cuestiones aún por debatir», *La Ley Penal*, (128).
- VARESE (2012), «How mafias take advantage of globalization. The russian mafia in Italy», *BJC*, (52 - 2), pp. 235.
- VARONA GÓMEZ (2005), *Derecho penal y solidaridad*, Dykinson, Madrid.
- VERHAGE (2009), «Between the hammer and the anvil? The anti-money laundering-complex and its interactions with the compliance industry», *Crime Law Soc Change*, (52), pp. 9.
- (2009), *The anti-money laundering complex and the compliance industry*, Routledge, London.
- VERVAELE (2013), «Economic crimes and money laundering: a new paradigm for the criminal justice system?», en UNGER/LINDE (eds.), *Research handbook on money laundering*, Edward Elgar, Cheltenham, pp. 379.
- VETTORI (2013), «Evaluating money laundering policies. Where are we?», en UNGER/VAN DER LINDE (eds.), *Handbook on Money Laundering*, Edward Elgar, Northampton, pp. 474.
- VICENTE MARTÍNEZ (2008), «El esperado estreno del artículo 329 del Código penal: la responsabilidad penal del funcionario publico en materia medioambiental», en QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS (eds.), *Estudios de Derecho ambiental. LH- Prof. Josep Miquel Prats Canut*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 881.
- VLCEK (2018), «Privatising Security in Finance: Measures Against the Money Threatening Society», en BURES/CARRAPICO (eds.), *Security Privatization: how non-security-related private businesses shape security governance*, Springer, Cham, pp. 101.
- VOGEL, Benjamin (2020), «Reinventing EU anti-money laundering», en MAILLART/VOGEL, Benjamin (eds.), *National and international anti-money laundering law*, Intersentia, London, pp. 883.
- VOGEL, Joachim (2007), «Wertpapierhandelsstrafrecht - Vorschein eines neuen Strafrechtsmodells», en PAWLIK/ZACZYK (eds.), *FS-Jakobs*, Carl Heymanns, Bonn, pp. 731.
- (1997), «Geldwäsche - ein europaweit harmonisierter Straftatbestand?», *ZStW*,

- (2 - 109), pp. 335.
- (1993), *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Dunker & Humblot, Berlin.
- VON HIRSCH/WOHLERS (2007), «Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa», en HEFENDEHL (eds.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Barcelona.
- VOB (2007), *Die Tatobjekte der Geldwäsche*, Carl Heymanns, Köln.
- VOBKUHLE (2002), «Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung», *VVDStRL*, (62), pp. 268.
- (2001), «“Regulierte Selbstregulierung” - Karriere eines Schlüsselbegriffs», *Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates*, Duncker & Humblot, Berlin, pp. 197.
- WEGNER (2012), «Verabschiedet sich der Gesetzgeber von der “Leichtfertigkeit” im Wirtschafts- und Steuerstrafrecht?», *HRRS*, (11), pp. 510.
- WESSELS/BEULKE/SATZGER (2013), *AT*, 42<sup>a</sup> ed., Müller, Heidelberg.
- WEWERKA (2012), *Internal Investigations. Private Ermittlungen im Spannungsfeld von strafprozessualen Grundsätzen und Anforderungen einer globalisierten Wirtschaftstrafrecht*, Peter Lang, Frankfurt am Main.
- WILENMANN (2017), *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, Marcial Pons, Madrid.
- (2014), *Freiheitsdistribution und verantwortungsbegriff*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- WILLIAMS (2018), «Criminal law in England and Wales: just another form of regulatory tool?», en DYSON/VOGEL, Benjamin (eds.), *The limits of criminal law: anglo-german concepts and principles*, Intersentia, Cambridge, pp. 207.
- WIRTZ (2006), *Das “Al Capone” Prinzip. Risiken und Chancen einer “Gewinnabschöpfung durch Besteuerung” nach dem Steuerverkürzungsbekämpfungsgesetz*, Nomos, Baden-Baden.
- WOHLERS (2018), «Criminal law as a regulatory tool», en DYSON/VOGEL, Benjamin (eds.), *The limits of criminal law: anglo-german concepts and principles*, Intersentia, Chicago, pp. 235.
- (2016), «Der Gesetzentwurf zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden», *ZGR*, (2 - 3), pp. 364.
- (2011), «Die strafrechtliche Bewältigung der Finanzkrise am Beispiel der

- Strafbarkeit wegen Untreue», *ZStW*, (123 - 4), pp. 791.
- (2007), «Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico», en HEFENDEHL (eds.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, pp. 403.
- (2006), «Complicidad mediante acciones neutrales: exclusion de la responsabilidad juridico-penal en el caso de la actividad cotidiana o típicamente profesional», *Derecho Penal y Criminología*, (27), pp. 129.
- (2005), «§13», en KINDHÄUSER *et al.* (eds.), *NK-StGB*, 2ª ed., Nomos, Baden-Baden.
- (2002), «Die Güterschutzlehre Birnbaums und ihre Bedeutung für die heutige Rechtsgutstheorie», *GA*, (159 - 10), pp. 600.
- (2000), *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts - zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte*, Duncker & Humblot, Berlin.
- (1996), «Der Erlass rechtsfehlerhafter Genehmigungsbescheide als Grundlage mittelbarer Täterschaft», *ZStW*, (108 - 1), pp. 61
- WOLTER (2001), «Kriminalpolitik und Strafprozessrechtssystem», en SCHÜNEMANN *et al.* (eds.), *FS-Roxin*, de Gruyter, Berlin, pp. 1141.
- YEUNG (2010), «The Regulatory State», en BALDWIN *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford University Press, Oxford, pp. 64.
- ZABEL (2017), *Die Ordnung des Strafrechts*, Mohr Siebeck, Tubinga.
- (2011), «Strafrecht und Governance: ein neues Modell moderner Punitivität?», *JZ*, (12), pp. 17.
- ZACZYK (2010), «¿Qué es la dogmática del Derecho penal?», en ZACZYK (eds.), *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*, Universidad Externado de Colombia, Bogota, pp. 195.
- (2004), «Zur Garantenstellung von Amtsträgern», en ROGALL *et al.* (eds.), *FS-Rudolphi*, Wolters Kluver, Neuvied, pp. 361.
- ZAGARIS (2016), «Money laundering and bank secrecy», *International Enforcement Law Reporter*, (32 - 3), pp. 78.
- ZARAGOZA AGUADO (2007), «La prevención del blanqueo de capitales. La comisión culposa y las profesiones jurídicas», en SÁNCHEZ STEWART/ABEL SOUTO (eds.), *I Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 63.
- ZOPPEI (2015), «Money Laundering: A New Perspective in Assessing the Effectiveness

of the AML Regime», *The European Review of Organised Crime*, (1 - 2), pp. 130.

ZUBERBÜHLER (1992), «Banken als Hilfspolizisten zur Verhinderung der Geldwäscherei?», en PIETH (eds.), *Bekämpfung der Geldwäscherei. Modellfall Schweiz?*, Helbing Lichtenhahn, Basel, pp. 29.