

EL BLANQUEO: CONCEPTO Y LESIVIDAD

Juan Antonio Lascaraín

Catedrático de Derecho Penal (Universidad Autónoma de Madrid)

RESUMEN

El artículo trata de contribuir a despejar las muchas incertidumbres que suscita la interpretación del delito del blanqueo respondiendo a las dos preguntas básicas de qué es el blanqueo y cuál es su lesividad. Blanquear no es realizar cualquier conducta con los bienes procedentes de un delito sino solo actos cuya funcionalidad específica o preferente sea la de ocultar o encubrir tal origen ilícito. Estas conductas son disvaliosas desde varios puntos de vista. En primer lugar, contribuyen al daño al bien jurídico del delito del que proceden los bienes blanqueados, creando un escenario fértil para tales delitos, obstaculizando su persecución e intensificando su daño propio cuando son patrimoniales. Además, el blanqueo daña el sistema económico, al constituir una suerte de competencia desleal. Finalmente, puede coadyuvar al nocivo poder de las organizaciones criminales, facilitándoles vías de influencia aparentemente legales.

ABSTRACT

The article tries to contribute to clear the many uncertainties that arise from the interpretation of the crime of laundering by answering the two basic questions of what is money laundering and what is its harmfulness. Whitening is not to conduct any conduct with the goods coming from a crime but only acts whose specific or preferred functionality is to conceal such illicit origin. These behaviors are disparate from several points of view. In the first place, they contribute to the damage to the legal good of the crime from which the bleached goods come, creating a fertile stage for such crimes, hindering their persecution and intensifying their own damage when they are patrimonial. In addition, money laundering damages the economic system, as it constitutes a kind of unfair competition. Finally, it can contribute to the harmful power of criminal organizations, providing them with seemingly legal avenues of influence.

1. INTRODUCCIÓN: INCISIVIDAD E INCERTIDUMBRE EN LA PERSECUCIÓN PENAL DEL BLANQUEO.

1. Todo el mundo habla de blanqueo: no hay acusación que se precie por algún delito económico que no incluya como coletilla final la atribución de un delito de blanqueo. Y no solo a terceros relacionados con el acusado principal sino también a este mismo, que en tiempos no muy lejanos esperaríamos fundadamente que cualquier cosa que hiciera con el fruto de su delito quedara ya penada con la sanción de tal delito. La moderna tipificación del blanqueo ha supuesto así no solo una ampliación de la responsabilidad penal a nuevos sujetos, sino una intensificación de la misma a quien ya resultaba penado.

Se acusa y se pena mucho por blanqueo y sin embargo dista de la claridad en el Código Penal y en la jurisprudencia que lo interpreta cuándo se blanquea, cuándo debe penarse por blanqueo al autor del delito previo, a quién alcanza la punición imprudente del blanqueo o en qué casos ha de responder la persona jurídica por tolerar el blanqueo de los suyos en su favor. Se da así en la persecución penal del blanqueo una combinación letal para el esencial valor de la seguridad jurídica: *incisividad e incertidumbre*. Por una parte, es muy incisiva la amenaza penal, porque parece cernirse sobre muchas conductas y con penas nada banales. El lector del artículo 301 del Código Penal reparará en que, incluso sin agravantes por medio, la pena máxima por el blanqueo doloso es de nada menos que seis años de prisión, en que parece describirse casi cualquier cosa que se haga con el dinero sucio, y en que no se libra del delito ni el blanqueador imprudente ni el propio autor del delito con cuyas ganancias opera. Por otra parte, nuestro lector quedará bastante perplejo cuando ante tamaña amenaza pregunte a su asesor penal y este se vea forzado a contestarle con vaguedades en cuestiones nucleares relativas a en qué consiste el blanqueo típico, a si la imprudencia se refiere solo a los concretos sujetos a los que se dirige la Ley de Prevención del Blanqueo de Capitales, o a cuándo no debe penarse el autoblanqueo porque tal punición supondría una segunda pena (*bis*) por la conducta previa ya penada (*idem*).

2. En lo que sigue voy a tratar de contribuir a disipar esta incertidumbre con una propuesta de respuesta a *dos cuestiones tan básicas* que condicionan la respuesta de las demás que se han sugerido: ¿qué es en realidad blanquear?; ¿por qué es malo el blanqueo?

2. ¿QUÉ ES EL BLANQUEO?

3. Tanto el término “blanqueo” como el término “lavado”, que son los usuales para denominar la actividad delictiva que nos ocupa, tienen un afortunado componente metafórico. Se trata de hacer aparecer como blanco o limpio lo que en realidad es negro o está sucio, porque lo que se quiere es ocultar esa realidad. Ese “lo” se refiere normalmente a dinero y la negrura o suciedad califica su origen en un delito previo.

¿Y por qué querría alguien que tiene dinero u otro bien que procede de un delito ocultar este hecho y hacerlo parecer como fruto de una actividad lícita? ¿Por qué querría el poseedor de un famoso cuadro tener un título que acreditara su compra legal? Pues básicamente por tres razones. Porque si el dinero o el bien tienen tal origen, no le corresponden a él, sino a un tercero (a la víctima del delito previo o al Estado), y en cualquier caso deben ser decomisados. Porque si cometió el delito, o ayudó a cometerlo, o ayudó a encubrirlo, la ocultación de su origen contribuye a la ocultación de su delito. Y, tres, porque sin tal apariencia no podrá transmitir el bien o explotarlo: no podrá vender el cuadro o exponerlo. Según las sensatas reglas de nuestra economía no se puede operar con bienes de origen ilícito (precisamente para combatir dicha ilicitud) u operar de forma ilícita con bienes (sin las formalidades del tráfico mercantil y sin las cargas impositivas propias de un Estado social).

4. El blanqueo de capitales -esta es la denominación de nuestro Código Penal (capítulo XIV del título XIII del libro II)- tiene así *tres elementos* esenciales: opera sobre bienes de origen delictivo -si no, no habría nada que lavar o pintar de blanco-, oculta tal origen y pretende incorporar tales bienes al tráfico lícito. Es “el proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita” (Blanco Cordero). Se trata “de transformar el poder de adquisición potencial que tiene el capital de origen ilícito en poder de adquisición efectivo, lo que implica ocultar dicho origen ilícito” (Mateo G. Bermejo).

5. La siguiente pregunta para acabar de centrar el tipo de conductas que preocupan al legislador penal es la de su *tipología*: ¿cómo se suele blanquear?

El GAFI (Grupo de Acción Financiera contra el Blanqueo de Capitales, organización intergubernamental a la que pertenecen 34 Estados -entre ellos España- y dos organizaciones regionales -entre ellas la Comisión Europea-) expone pedagógicamente en tres las fases lógicas del blanqueo: colocar el capital, ensombrecer su origen e integrarlo en la economía legal.

A. Quien ha obtenido una importante suma de dinero por la venta de droga, lo primero que querrá es sacar el maletín con el dinero de debajo de su cama. Y para ello su principal deseo será *colocar* el dinero en un banco, para lo que se podrá valer de terceros que pongan a su disposición sus cuentas, o de empleados a los que corrompa con tal fin, o de entidades que le protejan con el secreto bancario. Otra alternativa será depositar el capital en una cuenta de mercado para su inversión en bolsa, o situarlo en un negocio donde sea usual el pago en efectivo (de hostelería, por ejemplo), o adquirir una joya y guardarla en una caja fuerte.

B. El lector ya habrá adivinado que lo anterior no servirá de mucho al blanqueador si no lo acompaña de alguna estrategia dirigida a *ocultar el origen* del dinero y su propia identidad como titular del mismo. Querrá mover con inmediatez el dinero depositado o el bien adquirido, mediante sucesivas transacciones a nuevos productos o a nuevos titulares controlados por él.

C. Pero en última instancia lo que querrá el blanqueador es *disponer* de sus nuevos activos patrimoniales con sello de licitud. Y para ello comprará billetes de lotería premiados (y pasará la suculencia al premiado), o adquirirá un inmueble a un precio inflado a través de una sociedad interpuesta para luego venderlo y recibir un sobreprecio legitimado, o incluirá como ingresos de su negocio de hostelería los capitales sucios que ostentaba, o se prestará dinero a sí mismo a través de una empresa creada por él, o creará una sociedad de servicios que preste asesoramientos tan caros y sofisticados como inexistentes, o comprará un elevado número de fichas en un casino que luego canjeará por dinero como si fuera un jugador afortunado.

6. El tipo penal de blanqueo consumado de nuestro Código Penal (art. 301.2 CP) responde a la definición expresada. Describe la conducta de *ocultar o encubrir el origen delictivo de un bien* (“la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o la 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”). Y si se encubre el origen delictivo de un bien (si se le pinta de blanco) es por su vocación de inserción en el tráfico jurídico. Blanquea, y lo hace típicamente, quien transfiere el dinero ganado en bolsa con información privilegiada a una cuenta de una sociedad suya y administrada por un testaferro, o quien concatena transferencias en cuentas numeradas en el extranjero abiertas a nombre de diversas entidades extranjeras (STS 491/2015, de 23 de julio, FD 12) o quien con los billetes aún calientes por la venta del alijo de cocaína compra al contado una finca, o quien vende la finca al que paga con tal dinero sucio.

No son en cambio constitutivas de blanqueo las conductas de ocultación del bien mismo (enterrar la joya robada en el jardín), por lo que habría que interpretar que solo entra en el tipo la ocultación o encubrimiento de la ubicación, el destino o el movimiento de un bien de origen delictivo cuando es precisamente la falta de localización del bien la que facilita su aparente licitud (por ejemplo, por ser cuantitativamente mayor que lo que refleja su registro como bien lícito). Tampoco blanquea el que se come el caviar que acaba de hurtar, o el que expone en su dormitorio el Picasso que él mismo robó (oculta el bien pero no su origen, cosa que no le hace falta), o el que paga a un sicario con lo que ha ganado vendiendo droga (manteniéndose así en el mercado negro). Recientemente ha aclarado el Tribunal Supremo que “la característica principal del delito de blanqueo no reside en el mero disfrute o aprovechamiento de las ganancias ilícitas, ni siquiera en darles "salida", para posibilitar de modo indirecto ese disfrute, sino que se sanciona en consideración al `retorno´, en cuanto eslabón necesario para que la riqueza así

generada pueda ser introducida en el ciclo económico” (SSTS 491/2015, de 23 de julio, FD 12; 265/2015, de 29 de abril, FD 8).

Lo anterior puede aportar luz a la debatida cuestión de los meros actos de consumo. Hay buenas razones para excluirlos de su consideración como actos de blanqueo típicos, como nos muestra la jurisprudencia estadounidense (tan bien traída a nuestra discusión por Blanco Cordero). Ciertamente el que compra pan con el dinero robado -y, ojo, el que se lo vende a sabiendas- cambia dinero negro por pan blanco, pero no parece que la *funcionalidad preferente o específica* de su acto sea la de encubrir u ocultar nada y con ello borrar rastros que conduzcan a su delito.

7. El tipo del apartado 1 del artículo 301 CP es más confuso. En su diferenciación con el apartado 2 y, en lo que ahora nos importa, en el área de conductas incriminadas. De hecho, hasta que la resolvió la STS 265/2015, de 29 de abril, fue muy viva, e importante en sus consecuencias, la polémica en torno a si el elemento funcional (“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”) se refería a todas las conductas del tipo o solo a las genéricas de cierre (“cualquier otro acto”). Si solo se refería a estas, bastaba para cometer delito poseer, utilizar, convertir o transmitir bienes sabiendo que son delictivos. Se trataría así de un tipo penal que lo que pretende no es solo el blanqueo, sino el *aislamiento* total de los bienes delictivos, a modo del Código Penal alemán, que pena al que conociendo el origen delictivo del bien (o debiendo conocerlo: § 261.5) lo consiga, lo guarde o lo utilice.

Sensatamente el Tribunal Supremo se decantó por la primera lectura del precepto, la que considera la funcionalidad de ocultación o encubrimiento como elemento esencial del tipo. La segunda opción interpretativa ampliaba extraordinariamente (por desconexión con el blanqueo) el elenco de conductas delictivas: era típica, por ejemplo, la mera posesión o utilización a sabiendas de bienes delictivos. Y además dejaba a los pies de los caballos del *bis in idem* la mayor parte de las conductas de autoblanqueo. Por eso nuestro más alto tribunal penal subrayó que “[e]l Código Penal sanciona como blanqueo de capitales aquellas conductas que tienden a incorporar al tráfico legal los bienes, dinero y ganancias obtenidas en la realización de actividades delictivas, de manera que superado el proceso de lavado de los activos, se pueda disfrutar jurídicamente de ellos sin ser sancionado. [...] La esencia del tipo es, por tanto, la expresión ‘con la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito’. Finalidad u objeto de la conducta que debe encontrarse presente en todos los comportamientos descritos por el tipo” (STS 265/2015, de 29 de abril, FD 9).

Conviene advertir también que el apartado uno incluye otro tipo de conductas que no son necesariamente de blanqueo, como son cualesquiera orientadas a “ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos”. Parece que, de nuevo, debe acotarse esta conducta típica a los actos de ayuda que se realicen sobre los bienes de origen delictivo tratando de hacerlos pasar por lícitos. Si no, no se trataría del blanqueo que anuncia el capítulo y la pena se antojaría desproporcionada.

3. ¿POR QUÉ ES MALO EL BLANQUEO?

8. La pregunta por la *lesividad* del blanqueo es la pregunta del porqué de su incriminación. Es una cuestión cercana a la del bien jurídico aunque no coincidente: lo que se proteja específicamente con los tipos penales de blanqueo va a depender de la concreta configuración de estos. Y es una cuestión compleja, oscura en algún punto (en el de su incidencia en la economía) y en algún otro chocante, porque el blanqueo tiene también los efectos sociales positivos de la inyección de capital en la economía legal, entre los que hay que subrayar los fiscales. Tan es así que algunos teóricos de la economía y del Derecho abogan por la

legalización del blanqueo; tan es así que ocasionalmente los Estados promueven el blanqueo con fines fundamentalmente de financiación pública (por ejemplo, comprometiéndose a no investigar el origen de los fondos o a no gravarlos con la cuota preceptiva si se invierten en deuda pública o abonan cierta cuota fiscal).

9. ¿Por qué empeora el mundo el blanqueo? La razón más contundente e inmediata hace al *bien protegido por el delito del que procede el dinero* blanqueado. No en vano el delito de blanqueo surge como delito del blanqueo procedente del tráfico de drogas, un delito que preocupa sobremanera por su incidencia en la salud pública -y también por su capacidad para generar ingentes beneficios en manos peligrosas, sobre lo que después reflexionaremos-. El bien jurídico atacado por el blanqueo es el mismo bien jurídico atacado por el delito del que procede el dinero blanqueado. Y ese ataque se produce hasta de *tres modos diferentes*.

A) El primero es el propio de la receptación respecto al patrimonio. Lo que nos preocupa del perista es que su actividad de comercio con efectos hurtados y robados favorece el hurto y el robo; establece una condición para que el autor de estos delitos alcance la finalidad que pretende con los mismos, que es la de conseguir un beneficio económico. Si no se puede operar con bienes ilícitos y tampoco cabe convertirlos en lícitos, el emprendimiento de delitos que persigan el enriquecimiento económico de su autor quedará disuadido, y los bienes atacados por aquellos delitos quedarán así indirectamente protegidos: no solo mediante la sanción del delito sino también mediante la sanción de su aprovechamiento. No otra cosa se pretende, fuera ahora de los delitos animados por el lucro económico, con la punición de la posesión o el acceso a la pornografía infantil (art. 189. 5 CP). Como señala Molina Fernández, de lo que se trata es de evitar una especie de contribución al hecho delictivo previo a través de la *creación de un escenario fértil* para el mismo.

B) No termina ahí la forma de protección del bien jurídico del delito originario a través de la sanción del blanqueo de sus beneficios. Como nuestra manera esencial de protección de bienes es la prevención que procura la efectiva sanción de los atentados a los mismos -protegemos la vida penando los homicidios-, y como esta sanción requiere de una investigación que determine cómo sucedieron los hechos lesivos -quién y cómo atentó contra el bien jurídico-, contribuiremos a la *administración de la justicia penal* si sancionamos a los que ocultan el rastro del delito: a los que alejan el negro beneficio del autor del delito y lo pintan de blanco.

C) El blanqueo es así una cierta forma de contribución al delito original y un modo de dificultar su sanción (un delito contra la administración de justicia). Pero es también en algunos casos, como ha subrayado Molina Fernández, una *lesión añadida al bien dañado por el delito original*. La razón estriba en que ciertos delitos patrimoniales “tienen, aun encubierta, la estructura de delitos permanentes”. Si el hurto es un delito contra la propiedad lo es porque priva al dueño de la cosa hurtada de sus facultades sobre la misma en cuanto tal dueño. Esa privación se produce ya cuando el autor o un tercero pueden disponer de la cosa hurtada, y por eso se sitúa en tal disponibilidad el momento de la consumación del hurto. Pero, como sucede paradigmáticamente en las detenciones ilegales, tal consumación no obsta a que se abra un -por así denominarlo- “período consumativo” en el que el bien jurídico sigue siendo dañado y lo sigue siendo por voluntad del autor. Tal periodo es jurídicamente relevante porque, entre otras cosas (como congelar el pistoletazo de salida de la prescripción), permite la participación en el mismo. Eso es lo que hace el blanqueador: colaborar con el autor en la perpetuación de la privación fáctica de las facultades del propietario.

10. Si lo que nos preocupara del blanqueo es exclusivamente su lesividad para con el bien jurídico lesionado por el delito del que procede el capital, como legisladores consecuentes deberíamos relacionar su pena con la del delito precedente (debería ser menor o, a lo sumo, igual) y como aplicadores garantistas no deberíamos aplicarlo a los supuestos de autoblanqueo.

Parece que al legislador penal español le preocupan otros daños derivados del blanqueo porque no hace ninguna de las dos cosas. Por una parte, el blanqueo tiene su pena autónoma, siquiera de gran amplitud (sobre todo la pena de prisión: de seis meses a seis años) y siquiera con agravaciones en función de algunos tipos de delito generadores del capital blanqueado (art. 301.1, párrafos 2º y 3º CP); por otra parte, pena el autoblanqueo expresa y ampliamente (la actividad delictiva de referencia puede haber sido cometida por el autor o por cualquiera tercera persona); tanto, que el encaje constitucional del tipo exige que su amplitud semántica venga recortada para no vulnerar la prohibición de *bis in idem*.

Prueba aún más clara de las otras preocupaciones del legislador respecto al blanqueo es su ubicación como “Delito contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico” (título XIII del libro II del Código Penal). ¿Cómo y en qué medida daña entonces el blanqueo al *sistema económico*?

Aquí voy a ser necesariamente más vago, porque tal dañosidad es más vaga: es más impreciso el bien jurídico menoscabado (el orden socioeconómico) y es desde luego menos palpable el modo en el que se produce ese daño. Voy a tratar de combatir esa vaguedad siguiendo la lúcida exposición de Mateo G. Bermejo, no sin antes situar en el camino dos triángulos de *advertencia*. El primero se refiere a que busquemos el daño de que el dinero delictivo se blanquee y no el daño consecuente a que exista capital delictivo, que habrá que cargárselo al delito que lo origina. El segundo *caveat* insiste en aquel origen del daño, distinguiéndolo del daño que genera precisamente la prohibición del blanqueo. Por ser ejemplificativamente más claro: el peligro de sufrir graves delitos que supone el que personas organizadas y sin escrúpulos tengan muchos medios económicos es como tal un fruto nocivo del delito que los ha generado (el narcotráfico, por ejemplo), que puede ser independiente de una actividad posterior de blanqueo (se puede emplear tales beneficios sucios, por ejemplo, en la compra de armas en el mercado negro o en pagos corruptores a funcionarios); que las entidades financieras que blanquean puedan sufrir costes reputacionales y que ello abone la desacreditación del entero sistema, o que inversiones de capital se dirijan de un modo ineficiente a lugares donde el blanqueo está poco o nada perseguido, o que haya Estados que tengan la tentación de elevar su déficit fiscal en la confianza de financiarse con dinero sucio, o que los precios de un determinado sector se vean alterados por el riesgo penal de la transacción (por ejemplo, los inmuebles de determinadas zonas suben de precio por la generosa oferta de quienes desean blanquear su capital) son todos efectos asociados a la prohibición del blanqueo y no al blanqueo en sí. Hagan la prueba del nueve con la hipótesis jurídica de permisión del blanqueo.

El más intuitivo de los efectos nocivos del blanqueo sobre la economía es su daño a la competencia leal, con los bien conocidos efectos de imitación o desaliento (se renuncia a competir con el tramposo o se iguala la competición con trampas). Quien tiene recursos financieros gratuitos o baratos competirá deslealmente con quien tiene que procurárselos lícitamente. De hecho es desleal “prevalerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de las leyes” (art. 15.1 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal), como por ejemplo sucede con quien contrata extranjeros sin autorización para trabajar (art. 15.3 LCD). Tan es así que esta última conducta, y la de la contratación sin alta en la Seguridad Social, son delictivas desde el año 2012 si se realizan en cierta proporción de trabajadores en la empresa, cosa esta de la proporción tan inexplicable desde la perspectiva de los derechos del trabajador como lógica desde la defensa de la competencia leal, como se preocupa de señalar el propio legislador en su explicación a esta reforma (preámbulo de la LO 7/2012).

11. Si a nuestro legislador le preocupara solo este efecto nocivo del blanqueo lo razonable sería penar el blanqueo de capitales de modo independiente y a partir de cuantías significativas de los mismos. Y perderían mucho de su fuelle las objeciones garantistas a la punición del autoblanqueo.

En el saco de los daños económicos achacables al blanqueo suele meterse el de la incidencia que en el sistema puede comportar el que existan *organizaciones criminales con un elevado poder económico*. Este efecto es cierto y es de temer, aunque en realidad lo que hay que temer es que haya malos con mucho poder para ejecutar sus maldades. Y este peligro procede sobre todo de los delitos que les han enriquecido (por ejemplo, del narcotráfico) y menos, aunque también, del hecho de que blanqueen sus beneficios, lo que sin duda les facilitará nuevas formas de daño social, con maniobras especulativas legales en el mercado que les favorezcan, poder de negociación a partir de sus inversiones lícitas o financiación legal de partidos políticos.

4. CONCLUSIÓN.

12. El artículo llega a su fin y debe responder a las preguntas que enuncia su título. Blanquear no es realizar cualquier conducta con los bienes procedentes de un delito sino solo actos cuya *funcionalidad específica o preferente sea la de ocultar o encubrir tal origen ilícito*. Estas conductas son disvaliosas desde varios puntos de vista. En primer lugar, contribuyen al daño al *bien jurídico del delito del que proceden los bienes blanqueados*, creando un escenario fértil para tales delitos, obstaculizando su persecución e intensificando su daño propio cuando son patrimoniales. Además, el blanqueo daña el sistema económico, al constituir una suerte de *competencia desleal*. Finalmente, puede coadyuvar al nocivo *poder de las organizaciones criminales*, facilitándoles vías de influencia aparentemente legales.