



PERFIL

# CRIMINOLOGICO

## FINANCIAMIENTO CRIMINAL

Y DINERO DEL DELITO: DESAFÍOS DE LAS RESPUESTAS  
REGULATORIAS CONTRA EL LAVADO DE ACTIVOS



# FGE

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

ECUADOR

Revista Científica de Ciencias Jurídicas, Criminología y Seguridad  
FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

#### COMITÉ EDITORIAL

Dra. Diana Salazar Méndez  
Fiscal General del Estado

Mtr. Guido Quezada Minga  
Coordinador General de Gestión del Conocimiento

Mtr. Beatriz Rodríguez Tapia  
Directora de Estudios Penales

#### COMITÉ ACADÉMICO

Dirección de Estudios Penales.

#### EQUIPO DE DISEÑO EDITORIAL ACADÉMICO

Dirección de Comunicación y Promoción Institucional

M.Sc. Gabriela Moncayo

Ing. Andrés Lasso Ruiz

Quito, junio de 2024

#### Contenido de acceso libre.

Los criterios vertidos por los autores no comprometen la opinión institucional.

Todos los derechos reservados. Prohibida la reproducción total o parcial, sin autorización de los autores

Edición

35  
PERFIL CRIMINOLÓGICO

# EDICIÓN 35

# CONTENIDO

<b>Presentación.....</b>	<b>9</b>
<b>Glosa sobre la trasposición a la española de la legislación europea sobre protección de los whistleblowers.....</b>	<b>10</b>
I. Introducción.....	11
II. Antecedentes normativos.....	13
III. Entrada en vigor y ámbito de aplicación.....	16
V. Régimen específico.....	23
V. Reflexión final.....	28
VI. Bibliografía.....	29
<b>Algunas reflexiones sobre el delito de lavado de activos en Ecuador.....</b>	<b>36</b>
1. Aproximación.....	37
2. El mecanismo de prevención.....	38
3. Las personas políticamente expuestas (PEPs) y las sospechas de corrupción.....	40
4. Las sanciones administrativas.....	41
5. La inteligencia financiera en Ecuador.....	42
6. Las responsabilidades penales.....	42
7. El lavado de activos en el mundo: algunos ejemplos de un delito globalizado.....	46
Bibliografía.....	50
<b>Inteligencia artificial en la prevención y represión del blanqueo de dinero.....</b>	<b>53</b>
Bibliografía.....	61
<b>Los tipos agravados de blanqueo de dinero en el Código penal español.....</b>	<b>65</b>
I. Introducción.....	65
II. El tipo agravado por la concreta procedencia delictiva del dinero.....	66
III. El tipo agravado relativo a la condición del sujeto activo del delito de blanqueo: los sujetos obligados.....	70
IV. Reflexiones finales y una conclusión.....	71
Bibliografía.....	74
<b>Algunas consideraciones sobre el autoblanqueo en el Código Penal español.....</b>	<b>77</b>
1. Introducción.....	77
2. Principales aportaciones doctrinales.....	78
2.1. Autores contrarios a la formulación del autoblanqueo en el CP.....	78
2.2. Sector doctrinal favorable a su tipificación expresa.....	91
3. Toma de postura y algunas reflexiones conclusivas.....	96
4. Bibliografía.....	100
<b>La incidencia de la utilización de jurisdicciones no cooperativas en la problemática de la consideración del delito fiscal como delito subyacente conexo al delito de blanqueo de capitales.....</b>	<b>102</b>
1. Introducción.....	104
2. Delimitación conceptual histórica de paraíso fiscal.....	105
3. La evolución del concepto de paraísos fiscales al de jurisdicciones no cooperativas al amparo de la Ley 11/2021 y la trasposición de la Directiva 2016/1164.....	107
4. El concepto de blanqueo de capitales en relación con el delito fiscal y a los elementos que lo constituyen.....	109
5. La utilización de jurisdicciones no cooperativas en el ámbito del ilícito tributario y su relación con el blanqueo de capitales.....	111
6. Bibliografía.....	113

<b>Lavado de activos: el delito de omisión de control en las legislaciones de Colombia y Ecuador. Especial referencia al sector financiero.....</b>	<b>116</b>
Introducción.....	117
La tipificación de la omisión de control como delito.....	118
El delito de omisión de control en la legislación penal colombiana.....	121
El delito de omisión de control en la legislación del Ecuador.....	123
Referencias.....	125
<b>Génesis y desarrollo sistemático de la disciplina italiana sobre "blanqueo de capitales".....</b>	<b>126</b>
1. Introducción.....	127
2. El "descubrimiento" de las actividades de blanqueo de capitales como fenómeno delictivo de la economía moderna y la génesis de la legislación italiana sobre blanqueo de capitales.....	128
3. El marco de mayor relevancia "europea" de las actividades de blanqueo de capitales descrito por la Directiva (UE) 2018/1673 y las reformas introducidas por el Decreto Legislativo n° 195/2021.....	129
4. La regulación actual del delito de "blanqueo de capitales" (riciclaggio).....	129
5. La regulación actual del delito de "receptación" (ricettazione).....	132
6. Disciplina actual del delito de "Utilización de dinero, bienes o beneficios de origen ilícito".....	133
7. Disciplina actual del delito de "auto-blanqueo" (autorriciclaggio).....	135
8. Conclusiones y perspectivas de refundación de la normativa actual.....	135
Bibliografía.....	139
<b>La cooperación judicial internacional en materia de blanqueo de dinero.....</b>	<b>142</b>
I. Introducción.....	143
II. Colaboración policial internacional.....	146
III. Asistencia judicial directa.....	150
IV. Ulteriores consideraciones.....	153
V. El ejemplo de España.....	154
VI. Análisis del caso.....	155
VII. Conclusión.....	159
Bibliografía.....	160

# Presentación

---

Ciertamente, al generar los recursos necesarios para la continuidad de las operaciones criminales, el lavado de activos incrementa, de manera crítica, los riesgos potenciales e impactos tangibles que determinan para la sociedad la incidencia y dinámica de delitos como el narcotráfico. Sin duda, las ingentes magnitudes monetarias derivadas de los procesos de lavado crean importantes interacciones económicas de naturaleza netamente ilegítima, que buscan consolidar y expandir el poderío económico de las organizaciones criminales, lo cual, posteriormente, se ve reflejado en el aumento de los índices de inseguridad y violencia.

Todo ello, configura un escenario de enorme preocupación para el sistema de justicia y las fuerzas de seguridad, quienes a través del diseño y aplicación de políticas criminales buscan combatir eficazmente este mecanismo de delito. No obstante, pese a los sustanciales esfuerzos y acciones que se han desarrollado, las organizaciones criminales han conseguido evadir, con una increíble capacidad de adaptación y flexibilidad, las acciones emprendidas por los Estados contra el lavado de activos. En efecto, la evidencia ha mostrado que, a través de una multiplicidad de mecanismos y mediante la utilización de complejas estructuras empresariales, el número de transacciones de lavado de dinero en los mercados financieros y sus nocivas implicaciones han aumentado de manera alarmante.

De este modo, resulta evidente señalar que una eficaz lucha contra el lavado de activos requerirá, en primer lugar, la formulación de políticas innovadoras e integrales, que incluyan, sin duda, la correcta implementación de mecanismos de confiscación, como el decomiso y la extinción de dominio. Aunado a ello, es imprescindible el compromiso real de todas las instituciones del Estado, así como la cooperación eficiente a nivel regional e internacional. En este contexto, conscientes de que toda acción se articula previamente a partir de un proceso de construcción, análisis y validación de conocimientos, la Fiscalía General del Estado, a través de la Dirección de Estudios Penales, presenta la edición número 35 de la Revista Científica de Ciencias Jurídicas, Criminología y Seguridad, Perfil Criminológico. *Financiamiento criminal y dinero del delito: Desafíos de las respuestas regulatorias contra el lavado de activos*, busca, con su contenido, generar un marco académico que incentive la discusión fundamentada sobre cada uno de los elementos, dogmáticos y procesales, asociado a esta compleja problemática actual.

## I. Introducción

Por fin, en la primavera de 2023, activado meses atrás el *warning* europeo contra España por el incumplimiento en la transposición de la comúnmente llamada Directiva *Whistleblowing*<sup>2</sup> en el periodo marcado por la Unión<sup>3</sup>, se ha aprobado la Ley de protección de las personas que informen de sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción<sup>4</sup>.

Sobre el papel, en el combate contra toda forma de conductas fraudulentas y corruptas, así como contra otros muchos hechos graves o perjudiciales para el interés general, las organizaciones —públicas y privadas— y las instituciones formales del sistema judicial —penal y administrativo— van a poder contar con las contribuciones de —más— ciudadanos *comprometidos*, a los que se les '(re)compensa' asegurándoles unas condiciones mínimas de seguridad<sup>5</sup>, a cargo de personas jurídicas públicas y privadas, para que les 'protejan' frente a las acciones de represalia por su 'traición' con quienes se relacionan laboral o profesionalmente.

1 (\*) Catedrático de Universidad, Área de Derecho Procesal, Universidad de Salamanca, España. Investigador del "Centro de Investigación para la Gobernanza Global", del "GIR-USAL Justicia, sistema penal y criminología" y del "Observatorio Iberoamericano de Justicia Penal", todos ellos de la Universidad de Salamanca. Este trabajo se ha desarrollado en el marco de los proyectos de investigación PID2019-107743RB-I00, PID2022-138775NB-I00 y RED2022-134265-T, financiados por el Ministerio de Ciencia e Innovación. ORCID ID 0000-0003-0045-796X y RESEARCHER ID A-8577-2017. Contacto: nicolas@usal.es - @nicolasUSAL.

2 Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, *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*, 23 de octubre de 2019, DOUE L 305 —en adelante DIR 2019/1937—.

3 Concretamente, el 17 de diciembre de 2021. Solamente Dinamarca, Suecia y Portugal implementaron la Directiva en plazo, por lo que la Unión Europea abrió un procedimiento de infracción contra los otros veinticuatro países incumplidores. Al inicio de 2023, además de España, otros siete países (Alemania, Chequia, Estonia, Hungría, Italia, Luxemburgo y Polonia) seguían en la misma situación, por lo que la Comisión Europea presentó una demanda ante el Tribunal de Justicia de la Unión. La evolución del proceso de transposición puede seguirse en <https://whistleblowingmonitoreu/> y en el Informe sobre la Directiva Whistleblowing: Transposición de la Ley en los países europeos, en el siguiente enlace <https://www.integrityline.com/es/experiencia/white-paper/informe-directiva-whistleblowing-ue/>

4 España, *Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*, Boletín Oficial del Estado, 21 de febrero de 2023 —en adelante L. 2/2023—.

5 Y más, visto en términos jurídico-penales —con 'alicientes' penales y procesales, llegándose a plantear hasta la inmunidad— como económicos —con posibles recompensas—. Con relación a ellos, entre muchos, véase Klaus Abbink y Kevin Wu, "Reward self-reporting to deter corruption: An experiment on mitigating collusive bribery", *Journal of Economic Behavior & Organization* 133, (2017): 256-272; Juan Carlos Ortiz Pradillo, "La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia", *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* 3, n.º 1 (2017): 39-69; José Gimeno Beviá, "De Falciani a Birkenfeld: la evolución del delator en un cazarrecompensas. Aspectos procesales e incidencia frente a las personas jurídicas (whistleblower vs bounty hunter)", *Diario LA LEY*, n.º 9139 (2018); Beatriz García-Moreno, "Las recompensas económicas al alertador ("whistleblower"). ¿Limite infranqueable o justa contraprestación?", en *Libro Homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero. Un Derecho penal humanista. Vol. I* (Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2021), 249-260; Pere Simón Castellano, "La inmunidad penal como recompensa a los denunciantes. Allende un nuevo factor subjetivo-formal de punibilidad", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 24-14 (2022): 1-3; y Wisanupong Potipiroon, "Reward Expectancy and External Whistleblowing: Testing the Moderating Roles of Public Service Motivation, Seriousness of Wrongdoing, and Whistleblower Protection", *Public Personnel Management*, (2024).

# Glosa sobre la trasposición a la española de la legislación europea sobre protección de los **WHISTLEBLOWERS**

Una línea de acción marcada internacionalmente<sup>6</sup>, fruto del decidido y contundente impulso estadounidense<sup>7</sup>, y que en el caso español, a diferencia de otros países como el *país irmão* Portugal<sup>8</sup>, estamos ante una norma de gestación no sólo *alargada* sino también *controvertida* —tanto en el plano político como en el académico<sup>9</sup>—, que no se ha nutrido suficientemente de los valores fundamentales y las lecciones aprendidas que en España se tenía sobre estas vías de recepción de informaciones comprometidas y relevantes en el sector empresarial<sup>10</sup> y en la que han tenido una participación determinante asociaciones y organizaciones del tercer sector, en su reclamo social e intenciones de mejora en el producto final que ha salido del Parlamento<sup>11</sup>.

6 Vid. Mateo Bermejo, "Whistleblowing. Evolución y caracteres esenciales en el Derecho comparado y en la Directiva Europea 2019/1937", *LA LEY Compliance Penal*, n.º 2 (2020); Joaquín Meseguer Yebra, "Sistema de denuncias y protección del denunciante en el sector público", en *Guía práctica de compliance en el sector público* (Madrid: Wolters Kluwer, 2020), 106 y ss.; y Dimitrios Kafteranis, "The International Legal Framework on Whistle-Blowers: What More Should Be Done?", *Seattle Journal for Social Justice* 19, n.º 3 (2021): 731 y ss.

7 Así es enfatizado por Elina Karpacheva y Branislav Hock (2024), estudiando las particularidades que en esta temática representan los ciudadanos extranjeros que ayudan a las autoridades nacionales encargadas de hacer cumplir la ley a sancionar tanto a las empresas con sede en el extranjero como a las empresas que la tienen en el país que cometen delitos económicos, una política de aplicación extraterritorial de las leyes estadounidenses sobre denuncia de casos de fraude, soborno y corrupción que ha provocado que este país se haya convertido en el líder en la imposición de sanciones a empresas nacionales y extranjeras por delitos económicos en aplicación, entre otras, de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (FCPA). Elina Karpacheva y Branislav Hock, "Foreign whistleblowing: the impact of US extraterritorial enforcement on anti-corruption laws in Europe", *Journal of Financial Crime* 31, n.º 1 (2024): 1-13. Además, con este mismo enfoque de macdonalización jurídica, véase Jennifer Arlen y Marcel Kahan, "Corporate governance regulation through nonprosecution", *University of Chicago Law Review* 84, n.º 1 (2017): 323-387; Branislav Hock y Elizabeth David-Barrett, "The compliance game: Legal endogeneity in anti-bribery settlement negotiations", *International Journal of Law, Crime and Justice* 71, (2022); y Renato Machado de Souza y Nicolás Rodríguez García, *Justicia negociada y personas jurídicas: la 'modernización' de los sistemas penales en clave norteamericana* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2022).

8 Portugal, Lei n.º 93/2021, de 20 de dezembro. *Estabelece o regime geral de proteção de denunciadores de infrações, transpondo a Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2019, relativa à proteção das pessoas que denunciam violações do direito da União*. Diário da República, 20 de diciembre de 2021. Véase María João Antunes, "Privatização das investigações e compliance criminal", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 28, n.º 1 (2018): 119-127; Inês Ferreira Leite, "Regime Geral de Prevenção da Corrupção na Estratégia Nacional Anticorrupção - 2020/2024", en *Corrupção em Portugal - Avaliação Legislativa e Propostas de Reforma* (Lisboa: Universidade Católica, 2021), 79-96; André Lamas Leite, "Considerações sobre a Lei n.º 94/2021, de 22 de Dezembro e algumas propostas de revisão do Código Penal", en *Contributos para uma (urgente) reforma da Justiça* (Braga: Nova Causa, 2022), 35-111; João Manuel Sanhudo, "A relevância substantiva dos programas de cumprimento normativo após a Lei n.º 94/2021, de 22 de dezembro: uma análise crítica", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 32, n.º 1 (2022): 7-60; Patrick de Pitta Simões, *Proteção de denunciadores e canais de denúncias* (Coimbra: Almedina, 2023); y Nicolás Rodríguez García, "Portugal: tan cerca y tan lejos de España en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la protección de los whistleblowers" —en prensa— (2024b).

9 A tenor de la ingente bibliografía monográfica aparecida desde la aprobación de la DIR 2019/1937. Vid. Beatriz García-Moreno, *Del whistleblower al alertador. La regulación europea de los canales de denuncia* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020); David Martínez Saldaña, *La protección del Whistleblower* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020); Carmen Sáez Lara, *La protección de denunciadores. Propuesta de regulación para España tras la Directiva whistleblowing* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020); Borja Goena Vives, "Whistleblowing: ¿Prohibición, prescripción o permisión? El caso 'Luxleaks'", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3 (2021): 313-322; Inés Olaizola Nogales, Elisa Sierra Hernáiz y Hugo López López, *Análisis de la Directiva UE 2019/1937 Whistleblower desde las perspectivas penal, procesal, laboral y administrativo-financiera* (Pamplona: Aranzadi, 2018); Francis Lefebvre, *Canal de denuncias. Ley 2/2023* (Barcelona: Ediciones Lefebvre, 2023); José María Ayala de la Torre y José María Bueno Sánchez, *La protección del informante en el Derecho español. Tras la Directiva Whistleblower y la Ley 2/2023 de 20 de febrero* (Pamplona: Aranzadi, 2023); Carlos Aymerich Cano y Margarita Parajó Calvo, *La aplicación de la Ley de Protección de Informantes en el Sector Público. Especial referencia a las Entidades Locales* (Madrid: El Consultor de Los Ayuntamientos, 2023); Alfredo Galán Galán y Petra Mahillo García, *Canales de información y protección del denunciante en las Administraciones locales. Estudios sobre la Ley 2/2023, de 20 de febrero* (Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2023); José León Alapont, *Canales de denuncia e investigaciones internas en el marco del Compliance Penal Corporativo* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2023); Eloy Velasco Núñez, *El canal de denuncias: sector privado y público. La protección del informante en la Ley 2/2023, de 20 de febrero* (Madrid: La Ley, 2023); Raquel Vicente Andrés, *La protección del informante en el marco del compliance. De la Directiva 2019/1937 a su transposición interna mediante la Ley 2/2023, de 23 de febrero* (Madrid: Sepin, 2023); y Miquel Fortuny Cendra, *250 preguntas y respuestas sobre la Ley de Protección de los Informantes Ley 2/2023, de 20 de febrero* (Pamplona, Aranzadi, 2024).

10 Vid. Javier Puyol, *El funcionamiento práctico del canal de compliance "whistleblowing"* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2017).

11 Vid., entre muchos, tres ejemplos:

(a) la declaración pública de las principales organizaciones de transparencia y anticorrupción pidiendo a las autoridades que garanticen y refuercen los mecanismos y recursos de protección de los denunciadores de corrupción, particularmente a partir del estado de emergencia generado por la pandemia sanitaria de la COVID-19. Para más información acceder al siguiente enlace: <https://www.access-info.org/wp-content/uploads/2020-04-06-CMWS-COVID-19-FINAL-VERSION-2.pdf>.

(b) el documento "Propuestas de TI-ESPAÑA sobre la Proposición de Ley integral contra la corrupción y protección de los denunciadores". Para más información acceder al siguiente enlace: [https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2017/04/propuestas\\_proposicion\\_ley\\_integral\\_contra\\_corrup.pdf](https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2017/04/propuestas_proposicion_ley_integral_contra_corrup.pdf).

(c) el Decálogo de Recomendaciones que más de veinticinco organizaciones de la sociedad civil remitieron al Gobierno español buscando contribuir a la mejora del proyecto legislativo en materia de protección de denunciadores que se estaba tramitando. Para más información acceder al siguiente enlace: <https://www.access-info.org/wp-content/uploads/Decalogo-para-proteger-a-los-informantes-en-final.pdf>.

Además, véase Naomi Colvin, Bruno Galizzi y Veronika Nad, *Cómo proteger mejor a los alertadores: Guía práctico para transponerla Directiva europea* (Madrid: Blueprint for Free Speech, 2020).

## II. Antecedentes normativos

La Ley española se ha insertado en un intrincado sistema jurídico nacional el cual, de manera 'sectorial' y 'desconexa', venía regulando algunos elementos del reconocimiento, protección y tutela de los colaboradores con la administración de justicia<sup>12</sup>.

Entre los antecedentes más significativos de la Ley podemos mencionar:

(a) La Ley de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo<sup>13</sup>, la cual detalla, unificadamente para este tipo de fenómenos criminales tan necesitados de una adecuada gestión de riesgos<sup>14</sup>, a los sujetos específicamente *obligados*<sup>15</sup> a adoptar las medidas preventivas, entre las que se encuentran (i) la necesidad de que los empleados, directivos y agentes de ellos que conozcan hechos o situaciones que puedan ser constitutivos de las infracciones de referencia de la norma dispongan de canales de reporte y recepción de las denuncias y de los documentos e informaciones que las

12 Por ello no nos debe extrañar cómo las siete primeras disposiciones finales de la L. 2/2023 modifican: (i) la Ley 1/1996, de 10 de enero, *de asistencia jurídica gratuita*; (ii) la Ley 29/1998, de 13 de julio, *reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*; (iii) la Ley 15/2007, de 3 de julio, *de defensa de la competencia*; (iv) Ley 10/2010, de 28 de abril, *de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo*; (v) la Ley 10/2014, de 26 de junio, *de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito*; (vi) la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, *de Contratos del Sector Público*; y (vii) la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, *de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*.

13 España, Ley 10/2010, de 28 de abril, *de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo*, Boletín Oficial del Estado, 29 de marzo de 2010 —en adelante L. 10/2010—.

14 José Aneiros Pereira, "La prevención del blanqueo de capitales y el 'legal compliance'", en *Estudios sobre control del fraude fiscal y prevención del blanqueo de capitales* (Pamplona: Aranzadi, 2016), 61-104; y Miguel Ángel Núñez Paz, "La responsabilidad criminal y la gestión del riesgo mediante programas de cumplimiento en relación con la Directiva de 2015", en *V Congreso Sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero: Ponencias y Conclusiones del Congreso sobre las reformas de 2015 e incidencia en la economía y sociedad digital, celebrado en el salón de actos de la EGAP, Santiago de Compostela, en julio de 2017* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2018), 359-364.

15 A consecuencia de ello, el art. 48.1 L. 10/2010 deja claro que el incumplimiento del deber de información de la autoridad o funcionario que para la Ley sea sujeto obligado y que descubra hechos que puedan constituir indicio o prueba de lavado de activos o de financiación del terrorismo puede dar lugar a responsabilidad penal; y a responsabilidad disciplinaria a otros funcionarios públicos que no estén recogidos en el catálogo exhaustivo del art. 2 L. 10/2010.

complementen, que deben asegurar su confidencialidad y seguridad; (iii) la protección de los datos relativos a la denuncia, al denunciante y a la persona física o jurídica objeto de la misma, siendo de aplicación variadas —“normales”, “simplificadas” y “reforzadas”— y relevantes medidas de diligencia debida, imponiéndose a los sujetos obligados el deber de realizar una evaluación de impacto en la protección de datos de los tratamientos fijados, con el fin de adoptar medidas técnicas y organizativas reforzadas para garantizar la integridad, confidencialidad y disponibilidad de los datos personales, unas medidas que, en todo caso, tendrán que garantizar la trazabilidad de los accesos y comunicaciones de los datos; y (iiii) la tutela efectiva del denunciante frente a eventuales represalias, actos de discriminación o cualquier clase de trato injusto<sup>16</sup>.

(b) La Ley de contratos del sector público<sup>17</sup>, la cual muestra una especial preocupación por la lucha contra la corrupción y la prevención de los conflictos de intereses<sup>18</sup>, que además de incrementar el fomento de la transparencia en los contratos, impone a los órganos de contratación la obligación de tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación, para con ello evitar cualquier distorsión de la competencia por no conceder un trato igualitario a todos los candidatos y licitadores<sup>19</sup>. Siendo así, la existencia de canales de denuncia eficaces y rodeados de las debidas garantías para ser usados hacia el órgano de contratación en cualquiera de esas conductas o situaciones, se convierte en esencial.

(c) El Código Penal que, tras sus reformas de 2010 y 2015, trata de superar las reticencias primigenias de los empresarios *premiando* el uso de los modelos de organización y gestión<sup>20</sup>, supeditado, entre otras condiciones, a que el órgano de administración haya adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión<sup>21</sup>. En el momento de listar los requisitos

que deben tener estos programas de cumplimiento<sup>22</sup>, de manera parca exige que incluyan la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención, sin decir ni cómo ni con qué garantías, y, además, que exista un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

(d) Las normas relativas a la igualdad de trato y de oportunidades de hombres y mujeres en el empleo y la ocupación<sup>23</sup>, destinadas a prevenir discriminaciones y acosos —sexual y por razón de sexo— en el ámbito laboral, implícitamente contemplan la necesidad de contar con un canal de denuncia puesto que califica como contrarias a esa garantía de igualdad, las represalias como consecuencia de las denuncias contra actos discriminatorios<sup>24</sup>.

A estos antecedentes de refuerzo estatal cabe sumar las iniciativas autonómicas —y también locales<sup>25</sup>—, concretadas en la creación de agencias antifraude y anticorrupción<sup>26</sup> que en su ámbito territorial tratan de aportar seguridad jurídica ante los vacíos e inconsistencias normativas y apoyo institucional y técnico<sup>27</sup>, así como en la aprobación de normas —sectoriales y parciales— de reconocimiento y protección de denunciantes y de gestión de canales de denuncia. Así sucede en Cataluña<sup>28</sup>, Castilla y León<sup>29</sup>, la Comunidad Valenciana<sup>30</sup>, las Islas Baleares<sup>31</sup>, Aragón<sup>32</sup>,

22 Vid. España, *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, art. 31 bis.5.

23 España, Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, Boletín Oficial del Estado, 7 de marzo de 2019 —en adelante RDL 6/2019—.

24 Vid. María Teresa Igartua Miró, "Los canales de denuncia internos (*whistleblowing*) como mecanismo de tutela frente al acoso laboral", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n.º 447 (2020): 37-69; Raúl Vallejo Costa, "Los canales de denuncia y la protección del whistleblower en la Directiva (EU) 2019/1937 y la perspectiva de género: una reflexión integral e integrada con el Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el lugar de trabajo", en *Análisis de la Directiva UE 2019-1937 Whistleblower desde las perspectivas penal, procesal, laboral y administrativo-financiera* (Pamplona: Aranzadi, 2021), 313-353; y Gemma Fabregat Monfort, *Compliance laboral en acoso y otras conductas contrarias a la libertad sexual e integridad moral* (Barcelona: Lefebvre, 2023).

25 Como la "Oficina para la Transparencia y las Buenas Prácticas" del Ayuntamiento de Barcelona, creada en noviembre de 2015, institución que actualmente dispone de un *marco de integridad y buen gobierno*, del que forma parte un "Código ético y de conducta", para más información acceder al siguiente enlace: <https://ajuntament.barcelona.cat/transparencia/es/marco-de-integridad-y-buen-gobierno>; o la Oficina Municipal contra el Fraude y la Corrupción del Ayuntamiento de Madrid, creada en diciembre de 2016, para más información acceder al siguiente enlace: <https://goo.su/DDMZ>. Vid. Rosa María Sánchez Sánchez, "Sistemas de *compliance* y canales de denuncia en la administración pública. Una referencia al ayuntamiento de Barcelona y su buzón ético y de buen gobierno", *LA LEY Compliance Penal*, n.º 2 (2020).

26 Las cuales actúan de manera coaligada por medio de la "Red Estatal de Oficinas y Agencias Antifraude", teniendo un posicionamiento uniforme y constructivo en la gestación de la trasposición de la Directiva en España. Vid., por ejemplo, el documento "Propuesta de enmiendas al proyecto de Ley reguladora de la protección de personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción", mismo que se encuentra en el siguiente enlace: <https://www.antifrau.cat/sites/default/files/Documents/Prensa/proposta-esmenes-projecte-informants-xarxa-oficines-agencies-antifrau.pdf>.

27 Cfr. Agencia Valenciana Antifraude, *Guía AVAF. Ley 2/2023: Principales obligaciones y recursos de la AVAF* (Valencia: AVAF, 2023), 2 y 11 y ss.

28 España, *Ley 14/2008, de 5 de noviembre, de la Oficina Antifraude de Cataluña*, Boletín Oficial del Estado, 4 de diciembre de 2008.

29 España, *Ley 2/2016, de 11 de noviembre, por la que se regulan las actuaciones para dar curso a las informaciones que reciba la Administración Autonómica sobre hechos relacionados con delitos contra la Administración Pública y se establecen las garantías de los informantes*, Boletín Oficial del Estado, 8 de diciembre de 2016, derogada por el Decreto-ley 3/2023, de 11 de mayo, por el que se regula el Sistema Interno de Información de la Administración de la Comunidad de Castilla y León (BOE n.º 91, de 15 de mayo).

30 España, *Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad Valenciana*, Boletín Oficial del Estado, 20 de diciembre de 2016.

31 España, *Ley 16/2016, de 9 de diciembre, de creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Islas Baleares*, Boletín Oficial del Estado, 10 de enero de 2016.

32 España, *Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética públicas de la Comunidad Autónoma de Aragón*, Boletín Oficial del Estado, 8 de septiembre de 2017.

16 Sobre esta Ley véase Miguel Á. Martín Sánchez, *Tratado sistematizado de prevención del blanqueo de capitales para profesionales* (Pamplona: Aranzadi, 2017); Alejandro Seoane Pedreira, *La prevención del blanqueo de capitales* (Pamplona: Aranzadi, 2020); Joel Harry Clavijo Suntura, *La prevención de blanqueo de capitales. Un análisis teórico práctico* (Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2022); y José Luis Gómara y María Luz Puerto Mendoza, *Memento Práctico - Prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo (2023-2024)* (Barcelona: Ediciones Lefebvre, 2023).

17 España, *Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014*, Boletín Oficial del Estado, 9 de noviembre de 2017 —en adelante L. 9/2017—.

18 En correlación con ello, el art. 71.1.a) L. 9/2017, dentro de las prohibiciones de contratar con las entidades enumeradas en la propia Ley (art. 3), incluye a las personas en quienes concurra como circunstancia el haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos de terrorismo, constitución o integración de una organización o grupo criminal, asociación ilícita, financiación ilegal de los partidos políticos, trata de seres humanos, corrupción en los negocios, tráfico de influencias, cohecho, fraudes, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, prevaricación, malversación, negociaciones prohibidas a los funcionarios, blanqueo de capitales, delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, o a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio. Una prohibición, además, que es extensible a las personas jurídicas que sean declaradas penalmente responsables, y a aquellas cuyos administradores o representantes, lo sean de hecho o de derecho, vigente su cargo o representación y hasta su cese. Con relación a ello, véase José María Gimeno Feliú, "Lucha contra la corrupción en el modelo de control de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público", en *La nueva contratación pública en el ámbito local: claves para una contratación electrónica y transparente* (Madrid: Wolters Kluwer, 2018), 143-169; José Antonio Tardío Pato, "Los contratos del sector público y la prevención de la corrupción mediante transparencia y buen gobierno", en *Homenaje al profesor Ángel Menéndez Rexach (Vol. 1)* (Pamplona: Aranzadi, 2018), 1023-1045; Javier Miranzo Díaz, *La prevención de la corrupción en la contratación pública* (Madrid: El Consultor de Los Ayuntamientos, 2019); Leopoldo Abad Alcalá e Isabel Serrano Maillo, *La integridad en la Administración. Contratación pública y lucha contra la corrupción* (Pamplona: Aranzadi, 2022); y Guillermo Guinarte Cabada y María Castro Corredoira, "Prohibiciones para contratar con el sector público y corrupción", *LA LEY Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, n.º 162 (2023).

19 España, *Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014*, Art. 64.1.

20 Vid. Óscar Fernández León, "Los beneficios del *compliance* y la necesidad de su conocimiento por el empresario", en *Compliance* (Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2019), 49 y ss.

21 España, *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, Art. 31 bis.2.



la Comunidad Foral de Navarra<sup>33</sup>, el Principado de Asturias<sup>34</sup> y Andalucía<sup>35</sup>. Unas actuaciones que en los últimos meses se han potenciado y generalizado, como hemos adelantado, en el marco del sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, que obliga a reforzar los compromisos de las instituciones públicas en la lucha contra el fraude, la corrupción y el conflicto de interés<sup>36</sup>; ergo, crecimiento exponencial de sistemas de integridad institucional, con un perfil esencialmente preventivo, que coadyuve a que capilaricen en las organizaciones valores éticos que sirvan de rompiente eficaz frente a inerciales prácticas corruptas y conductas públicamente inadecuadas, lo que debiera conducir a medio plazo a mejorar y consolidar la confianza ciudadana en las instituciones<sup>37</sup>.

### III. Entrada en vigor y ámbito de aplicación

Fuera de la temporalidad marcada por la Unión Europea, la legislación española de trasposición de la Directiva de *whistleblowers* entró en vigor, en general, el 13 de marzo de 2023; y, particularmente, en lo que toca al canal de denuncia y el régimen de confidencialidad, el 13 de junio, para las entidades públicas y privadas de más de doscientos cincuenta trabajadores, y el 1 de diciembre para las entidades que tengan entre cincuenta y doscientos cincuenta empleados, así como los municipios de menos de diez mil habitantes<sup>38</sup>.

La norma tiene una perspectiva netamente preventiva, y en gran medida garantista<sup>39</sup>, basada en el fortalecimiento de la cultura de la información, de las infraestructuras de integridad de las organizaciones como mecanismo para prevenir y detectar amenazas al interés público. En

<sup>33</sup> España, *Ley Foral 7/2018, de 17 de mayo, de creación de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra*, Boletín Oficial del Estado, 8 de junio de 2018.

<sup>34</sup> España, *Ley 8/2018, de 14 de septiembre, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias*, Boletín Oficial del Estado, 19 de octubre de 2018.

<sup>35</sup> España, *Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante*, Boletín Oficial del Estado, 9 de julio de 2021.

<sup>36</sup> Todo ello al amparo jurídico del art. 22 del Reglamento (UE) 2021/241. Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (DOUE n.º 57, de 18 de febrero)*; en la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, 30 de septiembre de 2021; así como en las *Orientaciones para el Refuerzo de los mecanismos para la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses, referidos en el artículo 6 de la Orden HFP 1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*. Para más información acceder al siguiente enlace: [https://cdn.mitma.gob.es/portal-web-drupal/sede\\_electronica/subvenciones\\_prtr/2022-01-24\\_orientaciones\\_prevenccion\\_deteccion\\_correccion\\_fraude\\_corrupcion\\_y\\_conflictos\\_intereses.pdf](https://cdn.mitma.gob.es/portal-web-drupal/sede_electronica/subvenciones_prtr/2022-01-24_orientaciones_prevenccion_deteccion_correccion_fraude_corrupcion_y_conflictos_intereses.pdf).

<sup>37</sup> Manuel Villoria, "Instituciones que fomenten la integridad empresarial, prevengan la corrupción y aporten infraestructura moral frente a las crisis sistémicas", en *Cómo salvar las democracias liberales* (España: Circulo de Empresarios, 2020). A título de ejemplo, y con relación a los avances llevados a cabo en la Comunidad Autónoma de Castilla y León a partir de las dos normas ya referenciadas, véase Luis Heredero Ortiz de la Tabla, "La construcción de un sistema de integridad institucional en la Administración de Castilla y León (2007-2021)", *Revista Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, n.º 28 (2022): 27-47; y sobre Andalucía se puede consultar a Giuseppe Vestri, "La Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción: ámbito de actuación, funciones, deber de colaboración, confidencialidad, protección de datos y actividad estructural", en *Las políticas de buen gobierno en Andalucía. Vol. 2. Smart regulation, simplificación administrativa, participación ciudadana e integridad* (Sevilla: Junta de Andalucía. Instituto Andaluz de Administración Pública, 2022), 279-307.

<sup>38</sup> Disposición Transitoria Segunda L. 2/2023, en la que además se establece que los canales y procedimientos de información externa se tienen que regir por su normativa específica resultando de aplicación las disposiciones de la L. 2/2023 en aquellos aspectos en los que no se adecúen a la DIR. 2019/1937, adaptación que ha tenido que producirse antes de los seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley. En estos casos, el informante gozará de la protección establecida en esta Ley siempre que la relación laboral o profesional en cuyo contexto se produzca la infracción, se rija por la ley española y, en su caso, adicionalmente de la protección establecida en la normativa específica. Sobre las implicaciones que todo ello tiene en el sector público, véase Patricia Iglesias Rey, "Implicaciones de la nueva ley de protección del informante: la exigencia de los canales de denuncia en el sector público como un elemento nuclear de los sistemas de integridad", *Revista Auditoría Pública*, (2023): 164-178 y Eloy Velasco Núñez, *El canal de denuncias: sector privado y público. La protección del informante en la Ley 2/2023, de 20 de febrero*.

<sup>39</sup> Cfr. Javier Carrasco Montoro, "La materialización positiva del *whistleblowing* en España: la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción", *Diario LA LEY*, n.º 10296 (2023).

este norte generalista se inscribe un segundo objetivo<sup>40</sup>: la necesidad de proporcionar protección adecuada a las personas —físicas— que brinden información sobre las acciones y omisiones marcadas en la Ley, protegiéndolas frente a eventuales represalias; y también a determinadas personas jurídicas: aquellas para las que el informante trabaje, o con las que mantenga cualquier otro tipo de relación en un contexto laboral o en las que ostente una participación significativa<sup>41</sup>.

Sobre las "represalias", 'concretadas'<sup>42</sup>, 'amenazadas', 'intentadas'<sup>43</sup> o 'presumidas'<sup>44</sup> por quien desea colaborar con la justicia, pivota todo el esquema de protección que se construye en la Ley, de ahí que permanentemente se entienda que son altamente sensibles sus datos personales<sup>45</sup>.

Haciendo suya la definición contenida en la Directiva<sup>46</sup>, se dice que son represalias aquellos actos u omisiones prohibidos legalmente, o que, de forma directa o indirecta, supongan un trato desfavorable que sitúe a las personas que las sufren en desventaja particular con respecto a otra en el contexto laboral o profesional, solo por su condición de informantes, o por haber realizado una revelación pública<sup>47</sup>. A mayores, con carácter enunciativo —y no cerrado—, se enlistan acciones que pueden causar perjuicios indebidos a un informante, y que por ello deben ser proscritos<sup>48</sup>:

(a) Suspensión del contrato de trabajo, despido o extinción de la relación laboral o estatutaria, incluyendo la no renovación o la terminación anticipada de un contrato de trabajo temporal una vez superado el período de prueba, o terminación anticipada o anulación de contratos de bienes o servicios, imposición de cualquier medida disciplinaria, degradación o denegación de ascensos y cualquier otra modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la no conversión de un contrato de trabajo temporal en uno indefinido, en caso de que el trabajador tuviera expectativas legítimas de que se le ofrecería un trabajo indefinido; salvo que estas medidas se llevaran a cabo dentro del ejercicio regular del poder de dirección al amparo de la legislación laboral o reguladora del estatuto del empleado público correspondiente, por circunstancias, hechos o infracciones acreditadas, y ajenas a la presentación de la comunicación.

(b) Daños, incluidos los de carácter reputacional, o pérdidas económicas, coacciones, intimidaciones, acoso u ostracismo.

<sup>40</sup> España, *Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*, art. 1.

<sup>41</sup> España, *Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*, art. 3.3.c), quien concreta que es "significativa" la participación en el capital o en los derechos de voto correspondientes a acciones o participaciones cuando, por su proporción, permita a la persona que la posea tener capacidad de influencia en la persona jurídica participada.

<sup>42</sup> Y ello porque el art. 36.4 de la L. 2/2023 prevé una protección *extendida* de la autoridad competente a la persona que pasados dos años viera lesionados sus derechos a consecuencia de su comunicación o revelación. España, *Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*, art. 36.4.

<sup>43</sup> La "amenaza" y la "tentativa" son acciones incluidas nominalmente en la prohibición del art. 36.1 L. 2/2023.

<sup>44</sup> El 'riesgo' y el 'temor' son apreciaciones objetivas y subjetivas con relación a determinadas conductas que así son percibidas por el comunicante de infracciones a las que se alude en varias ocasiones en el Preámbulo de la L. 2/2023 y en el articulado (arts. 4.1 y 28.1). En la DIR 2019/1937 se habla también de 'preocupaciones' y 'sospechas'.

<sup>45</sup> A ellos se dedica el Título VI de la Ley (arts. 29 a 34). Vid. Ricard Martínez Martínez, "El tratamiento de datos personales en el marco de la Ley 2/2023, de protección del denunciante. Requisitos y recomendaciones para el sector público", *LA LEY Privacidad*, n.º 15 (2023); y Luis Rams Ramos, "La protección de datos de carácter personal en el marco de los procedimientos de información sobre infracciones normativas", en *Canales de información y protección del denunciante en las Administraciones locales. Estudios sobre la Ley 2/2023, de 20 de febrero* (Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2023), 283-306.

<sup>46</sup> Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, *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*, art. 5.

<sup>47</sup> Numeral 2 del art. 36 L. 2/2023, intitulado como "prohibición de represalias". España, *Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*, art. 36 numeral 2.

<sup>48</sup> España, *Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*, Art. 36.3.

(c) Evaluación o referencias negativas respecto al desempeño laboral o profesional.

(d) Inclusión en listas negras o difusión de información en un determinado ámbito sectorial, que dificulten o impidan el acceso al empleo o la contratación de obras o servicios.

(e) Denegación o anulación de una licencia o permiso.

(f) Denegación de formación.

(g) Discriminación, o trato desfavorable o injusto.

En cuanto al ámbito material, la Ley incluye en primer término (i) las acciones y omisiones reputadas como infracciones del Derecho de la Unión Europea en la DIR 2019/1937, sin atender a su calificación jurídica en el ordenamiento jurídico español; también las que afecten a los intereses financieros de la Unión, así como las que incidan en el mercado interior, en las que están incluidas las atinentes a la materia de competencia y ayudas otorgadas por los Estados, y también las infracciones relativas al mercado interior en relación con los actos que infrinjan las normas del impuesto sobre sociedades o con prácticas cuya finalidad sea obtener una ventaja fiscal que desvirtúe el objeto o el propósito de la legislación aplicable al impuesto sobre sociedades.

Además, se amplía (iii) a las acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave, calificación en la que siempre estarán incluidas todas aquellas que impliquen quebranto económico para la Hacienda Pública y para la Seguridad Social<sup>49</sup>.

Por tanto, sumando ambos catálogos de hechos, especialmente por la amplitud del segundo, la Ley española ha hecho suya la oferta de apertura de la Directiva a otros ámbitos, sectores y materias de los que ella prevé<sup>50</sup> justificándose en la necesaria reacción frente a las vulneraciones que afectan con mayor impacto al conjunto de la sociedad<sup>51</sup>. Una decisión correcta para generar esa 'cultura' de la prevención y el control pero con una 'funcionalidad' tensa y más que dudosa<sup>52</sup>.

Hasta aquí, obviamente, podemos entender que el legislador nos ha desgranado cuáles son las "infracciones normativas" con relación a las cuáles quiere proteger a quienes informen de ellas. ¿Y dónde queda la corrupción? Nos lo planteamos porque a diferencia de la Directiva y de otras normas de su implementación nacional, la Ley española termina su rotulación haciendo mención expresa a la "corrupción"; en concreto, no tanto a los delitos de corrupción como a la "lucha contra la corrupción", que entendida en su literalidad es una idea que entronca mejor con una política pública de un Estado de Derecho<sup>53</sup> que con un catálogo de conductas con relación a las cuales determinadas personas físicas y jurídicas pueden tener expuestos sus derechos

49 España, Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, Art. 2.1. Más ampliamente véase Santiago Fernández Ramos, "La Ley 2/2023, de 20 de febrero, de protección al informante: ámbito material de aplicación", *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 63 (2023): 1-31.

50 Cfr. Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, *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*, art. 2.3.

51 España, Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, Preámbulo.

52 Compartimos los resquemores expresados por Alfredo Hernández (2023), en el sentido de que pocos —o muy pocos— de los 'trabajadores' y de las organizaciones obligadas por la Ley conocen —ni tienen por qué conocer— los diferentes tipos delictivos contenidos en la legislación penal española —y de los países en los que la organización extienda su actividad con relación a la matriz— o las distintas variedades de infracciones administrativas; y mucho menos las infracciones del Derecho de la Unión. Inclusive, aunque las conocieran, en la mayor parte de los casos tienen una muy limitada capacidad de actuación al carecer de instrumentos y de capacidad para poder llevar a cabo diligencias de investigación. Alfredo Hernández, "Esto es lo que tiene que saber una empresa si quiere o tiene que aplicar la Ley de Protección del Informante", *Diario LA LEY*, n.º 10253 (2023).

53 Así lo estudiamos en Vanir Fridriczewski y Nicolás Rodríguez García, *En busca de estrategias 360 anticorrupción* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2023).

o intereses legítimos<sup>54</sup>. Por tanto, una vez más, la corrupción y su combate como un *bálsamo* político y jurídico para atraer la atención ciudadana sobre la relevancia de un instrumento jurídico que nace, o así debiera ser, para mejorar la protección de sus derechos e intereses legítimos.

No en vano la "corrupción" —o las "prácticas corruptas"— aparece nombrada veintitrés veces en el texto de la Ley, con especial significación en el Preámbulo de la Ley, ya que se hace:

(a) para enfatizar la gran utilidad de los informantes en esta tipología criminal;

(b) para autoobligarse las autoridades públicas en diseñar mecanismos eficaces de protección de la ciudadanía cuando denunciando —a costa de sufrir presiones— dan muestras de una conducta valiente de clara utilidad pública;

(c) para entroncar la estrategia legislativa nacional en esta materia no sólo en la Directiva Europea —y sus antecedentes— sino en el impacto jurídico mundial que supuso en 2003 la aprobación de la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, sorprendiéndonos en este punto que no añadiera a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico y a sus reiteradas iniciativas de protección de denunciantes de casos de corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones económicas internacionales;

(d) para denunciar al efecto negativo acelerado, generador de descrédito y desafección institucional, que han venido teniendo en España la multiplicidad de casos de corrupción que han afectado a sindicatos, partidos políticos y organizaciones empresariales, que hace que sea exible a esas organizaciones una actitud ejemplar que asiente la confianza en ellos de la sociedad, pues de ello depende en buena medida el adecuado funcionamiento del sistema democrático;

(e) para explicitar la confianza institucional en que la generalización de un Sistema interno de información facilitará la erradicación de cualquier sospecha de nepotismo, clientelismo, derroche de fondos públicos, financiación irregular u otras prácticas corruptas; y

(f) para ensalzar el rol a desempeñar por una autoridad independiente específica en materia de protección del informante como pilar institucional esencial en la lucha contra la corrupción.

En lo tocante a la operatividad de los nuevos mecanismos, en unos casos la Ley excluye su aplicación a algunas materias y sectores<sup>55</sup>, y, en otros, se deja claro su carácter *básico* en el sentido de que estos pueden resultar 'compatibles'<sup>56</sup> con otras normas específicas que con la

54 Nos refuerza en este entender la Disposición adicional quinta L. 2/2023, en la que desde un planteamiento *buenista* y *bienquedista*, generador de grandes dudas, se compromete al Gobierno a que apruebe, en el plazo máximo de dieciocho meses a partir de la entrada en vigor de la Ley, y en colaboración con las Comunidades Autónomas (¿cómo?, ¿con todas o sólo con las que tienen avanzadas esos organizamos, acciones y normas pertinentes a esta materia?, ¿y si no se llegan a puntos de consenso?), una "Estrategia contra la corrupción" que al menos deberá incluir una evaluación del cumplimiento de los objetivos establecidos de la Ley (¿cómo?, ¿con qué indicadores?, ¿con relación a qué objetivos específicos, partiendo de lo abstracto del art. 1 L. 2/2023?), así como las medidas (¿legislativas?, ¿institucionales?, ¿de financiación?) que se consideren necesarias para paliar las deficiencias que se hayan encontrado en ese periodo de tiempo. España, Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, Disposición adicional quinta.

55 Así, primeramente el art. 2.4 L. 2/2023 deja fuera del ámbito de aplicación de la Ley a las informaciones que afecten a información clasificada, y las obligaciones que resulten de la protección del secreto profesional de los profesionales de la medicina y de la abogacía, del deber de confidencialidad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ámbito de sus actuaciones, así como del secreto de las deliberaciones judiciales; y, además, a las informaciones relativas a infracciones en la tramitación de procedimientos de contratación que contengan información clasificada o que hayan sido declarados secretos o reservados, o aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o en los que lo exija la protección de intereses esenciales para la seguridad del Estado. España, Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, art. 2.5.

56 En sentido contrario llama la atención que ya en el Preámbulo se dice que la Ley no será de aplicación a los supuestos que se rigen por su normativa específica, esto es, aquella que regula los mecanismos para informar sobre infracciones y proteger a los informantes previstas por leyes sectoriales o por los instrumentos de la Unión Europea enumerados en la parte II del anexo de la Directiva (UE) 2019/1937, siendo este último punto recogido en el art. 2.6 L. 2/2023. Creemos que no pasaría nada si la Ley, con relación a estos casos, respetando la esencialidad de esas normas específicas, fuera un plus complementario o subsidiario, o inclusive

misma finalidad puedan ser de aplicación en un proceso penal; *v. gr.*, nuestra vetusta —e ineficaz— legislación de protección de testigos y peritos en causas criminales, ya referenciada anteriormente, en sentido estricto no aplicable a los denunciadores —salvo que, además, testifique—, que en el sistema penal español no encuentran cobijo en otro marco normativo específico. Inclusive, el dispositivo se ve a su vez complementado por otras normas sectoriales, como las de Hacienda Pública, Seguridad Social y seguridad y salud laboral, entre otras<sup>57</sup>.

En relación al ámbito de aplicación personal, con la misma terminología comunitaria titula la Ley y en su desarrollo protege a los 'informantes'<sup>58</sup>; esto es, los conocidos coloquialmente como *whistleblowers*<sup>59</sup>. Un término más *polite* que 'denunciante', que ha sido acogido en otros países europeos, del que se hace una expresa dejación<sup>60</sup>, pareciera que por tener un sesgo denostativo<sup>61</sup>, y quizá con menor impacto social y mediático que el de 'alertante', al que recurren algunos otros países de la Unión<sup>62</sup>.

Más allá de ello, conforme a la Directiva, con ese término se está definiendo a la persona física que comunica o revela públicamente información sobre infracciones obtenida en el contexto de sus actividades laborales<sup>63</sup>. Justamente es su relación con una organización, en, desde o por la

---

aplicable cuando un asunto no se rija obligatoriamente por ellas, en el sentido sí recogido en el art. 3.1 DIR 1937/2019 y en la propia Ley en el art. 10.1.b) con relación a determinadas personas jurídicas del sector privado y el sistema interno de información.

57 *Vid.* por ejemplo, la remisión que hace el art. 2.3 L. 2/2023. Y considerar también que los representantes de entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social o del Ministerio de Hacienda, están identificados en varios apartados de la Ley como instituciones y actores relevantes; así, por ejemplo, en el art. 54 L. 2/2023 cuando se regula la composición —amplia y diversa— de la Comisión Consultiva de Protección al Informante. España, *Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*, art. 2.3.

58 Más concretamente, y de manera reiterada en el articulado, a las "personas que informen". Incluso, por la insistencia en usar el verbo comunicar y sus derivaciones sustantivas y adjetivas perfectamente también puede hablarse de 'comunicantes'.

59 Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, *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*, Considerando 1.

60 En el Preámbulo de la Ley podemos leer como "[e]n la Directiva 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, se emplea el término 'denunciante', y en esta ley se ha optado por la denominación 'informante'. Llama la atención esta justificación de *distanciamiento europeo* ante la identidad en este punto de ambos textos legales y cuando tanto en el Preámbulo de la Ley —para aludir antecedentes legales europeos y de comunidades autónomas españolas— como en alguna de sus previsiones (*v. gr.*, el art. 4.1) se utiliza el término 'denunciante', y también los términos y expresiones 'denuncia' y 'canal de denuncia'.

61 Con relación a la importancia de las denominaciones que se utilicen, recordar el trabajo pionero de Ramón Ragués I Vallés (2006), que con relación a estas personas nos presenta binariamente la dicotomía 'héroes' o 'traidores' Ramón Ragués I Vallés, "¿Héroes o traidores?: La protección de los informantes internos (*whistleblowers*) como estrategia político-criminal". *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3 (2006): 1-19; este último también denominado 'chivato', 'soplón', 'delator', 'cazarrecompensas', etc., calificativos que también llegan a los llamados a serlo a través de los medios de comunicación y las redes sociales: "La nueva obligación de proteger a los 'chivatos'" <https://cincodias.elpais.com/opinion/2023-12-08/la-nueva-obligacion-de-proteger-a-los-chivatos.html>; "Una ley para proteger a los 'chivatos' de la empresa" <https://gdempres.gesdocument.com/noticias/una-ley-para-proteger-los-chivatos-de-la-empresa/>; "Proteger... ¿y pagar? Pasos para dar un 'chivatazo' a Hacienda" [https://www.elespanol.com/invertia/mis-finanzas/fiscalidad/20191205/proteger-pagar-pasos-dar-chivatazo-hacienda/449706376\\_0.html](https://www.elespanol.com/invertia/mis-finanzas/fiscalidad/20191205/proteger-pagar-pasos-dar-chivatazo-hacienda/449706376_0.html); "Las empresas se preparan para proteger a los 'chivatos'" <https://www.larazon.es/economia/20191210/wh4a6rhcuvefrb52tjr424tha.html>; "De chivato a denunciante protegido por ley: las empresas protegen a los delatores de corrupción" <https://www.vozpopuli.com/espana/chivato-denunciante-ley-empresas-delatores-corrupcion.html>; "Aprobado el Proyecto de Ley para proteger a los 'soplones': denuncias confidenciales y acoso laboral" <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-social-laboral/laboral/aprobado-el-proyecto-de-ley-para-proteger-a-los-soplones-denuncias-confidenciales-y-acoso-laboral-2022-11-08/>; "Bruselas debe aprobar antes de fin de año una norma de protección para soplones" <https://www.elperiodico.com/es/economia/20171028/ley-europea-protegera-soplones-publicos-y-empresas-6386846/>; "En vigor la ley del 'soplo' o de protección de las personas que informen sobre infracciones en el seno de la empresa" <https://blog.moyaemery.com/ley-whistleblower-proteccion-infracciones-normativas-empresas/>; "Cazarrecompensas: el nuevo, arriesgado y rentable oficio en México, como en el salvaje oeste" <https://www.elmundo.es/cronica/2019/04/28/5cb86a6a21efa005198b4573.html>.

62 Como por ejemplo en Francia, ya desde la Ley sobre transparencia, lucha contra la corrupción y modernización de la vida económica (Ley N.º 2016-1691), conocida como Ley Sapin II, que siguiendo la senda de las regulaciones norteamericana (*Foreign Corrupt Practices Act*) y británica (*Bribery Act*) obliga a las empresas a elaborar e implantar un modelo de prevención de la corrupción que integre mecanismos de identificación y control idóneos para prevenir la comisión de prácticas corruptas, siendo parte de los programas anticorrupción, entre otros instrumentos, el establecimiento de un canal de denuncias disponible por todos los empleados y, en su caso, por terceros ajenos a la empresa, para que puedan comunicar la concurrencia de prácticas corruptas o la infracción de las disposiciones del Código de Conducta de la empresa. *Vid.* Miquel Fortuny Cendra, "La Ley Sapin (II): un nuevo marco para la prevención y persecución internacional de la corrupción", en *Compliance & Anticorrupción: Visión práctica de la normativa internacional* (Pamplona: Aranzadi, 2020), 175-203.

63 Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, *Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23*

que se cometen las infracciones a denunciar, la que genera el estatus particular al colaborador; entonces, cualquier otro denunciante *extraño* no se podrá beneficiar de este esquema de protección delineado en la Ley.

Con pretensión omnicomprensiva la Ley ampara a quienes trabajen, tanto en el sector privado como en el público, a consecuencia de la información que hayan obtenido sobre infracciones *denunciables* en el contexto laboral o profesional. Estamos, pues, ante un colectivo de destinatarios muy amplio que, puntualmente y sin ánimo de exhaustividad<sup>64</sup>, el legislador identifica con:

(a) las personas que tengan la condición de empleados públicos o trabajadores por cuenta ajena; los autónomos; los accionistas, partícipes y personas pertenecientes al órgano de administración, dirección o supervisión de una empresa, incluidos los miembros no ejecutivos; y cualquier persona que trabaje para o bajo la supervisión y la dirección de contratistas, subcontratistas y proveedores<sup>65</sup>;

(b) los ex trabajadores, voluntarios, becarios, trabajadores en formación —remunerados o no—, personas cuya relación laboral no haya comenzado<sup>66</sup>;

(c) los representantes legales de los trabajadores en el ejercicio de sus funciones de asesoramiento y apoyo al informante<sup>67</sup>;

(d) las personas físicas que, en el marco de la organización en la que preste servicios el informante, asistan al mismo en el proceso;

(e) las personas físicas que estén relacionadas con el informante y que puedan sufrir represalias, como compañeros de trabajo o familiares del informante, y

(f) las personas jurídicas que ya hemos identificado anteriormente.

Cualquiera de estas personas están legitimadas para acceder a las "medidas de apoyo"<sup>68</sup> que la Ley contempla<sup>69</sup>:

(a) Información y asesoramiento completos e independientes, que sean fácilmente accesibles para el público y gratuitos, sobre los procedimientos y recursos disponibles, protección frente a represalias y derechos de la persona afectada.

---

de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, Art. 5. *Vid.* María Ángeles Villegas García (2022), quien trata de deslindar ambos términos, que considera que no son sinónimos o equivalentes: todo informante es un denunciante, pero no todo denunciante es un informante si no cumple con los presupuestos y requisitos fijados en la Ley. María Ángeles Villegas García, "Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley de protección del informante", *Diario LA LEY*, n.º 10187 (2022).

64 Y ello porque el art. 3.1 *in fine* L. 2/2023, antes de listar colectivos de personas, utiliza la expresión "comprendiendo en todo caso".

65 España, *Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*, Art. 3.1.

66 En los casos en que la información sobre infracciones haya sido obtenida durante el proceso de selección o de negociación precontractual. España, *Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*, art. 3.2 *in fine*.

67 España, *Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*, Art. 3.3.

68 También la Ley regula "medidas de protección frente a represalias". España, *Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*, art. 38.

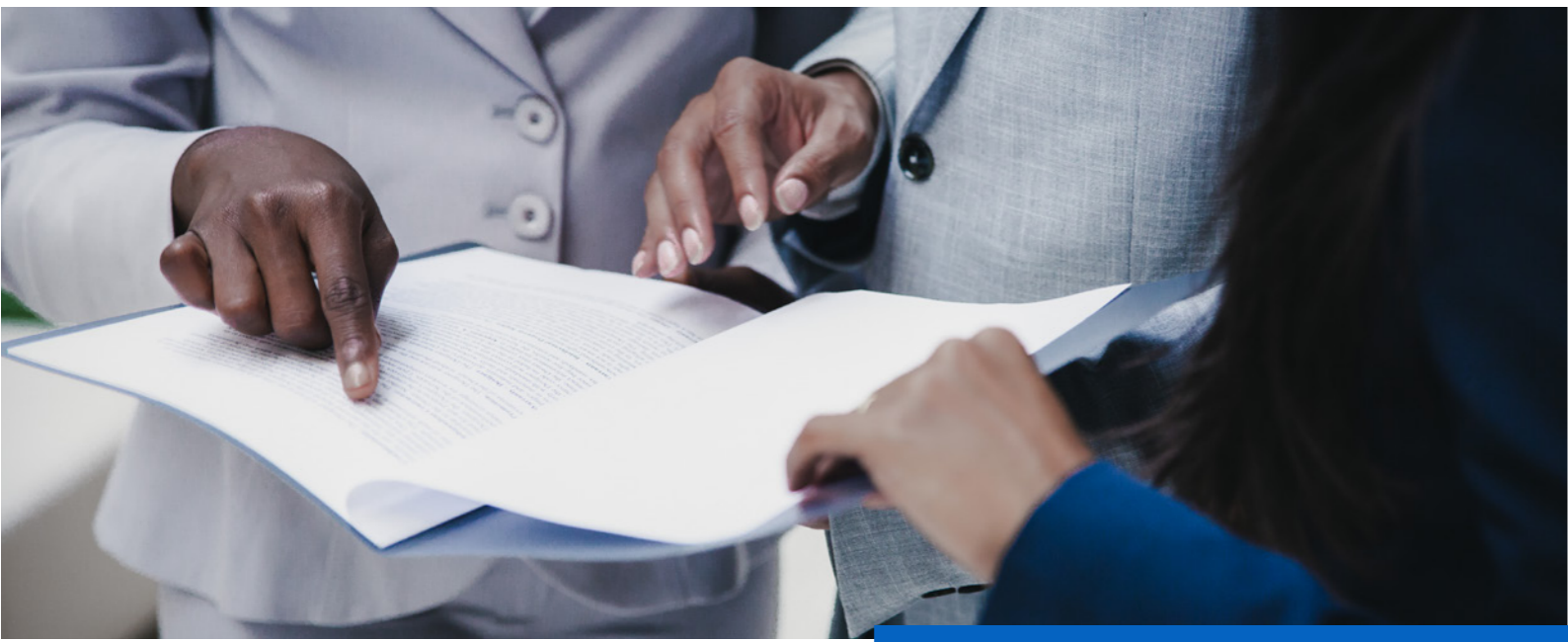
69 Y ello sin perjuicio, como recuerda el art. 37.2 L. 2/2023, de la asistencia que pudiera corresponder al amparo de la legislación sobre justicia gratuita para la representación y defensa en procedimientos judiciales derivados de la presentación de la comunicación o revelación pública.

(b) Asistencia efectiva por parte de las autoridades competentes ante cualquier autoridad pertinente implicada en su protección frente a represalias, incluida la certificación de que pueden acogerse a protección al amparo de la Ley.

(c) Asistencia jurídica en los procesos penales y en los procesos civiles transfronterizos de conformidad con la normativa comunitaria.

(d) Apoyo financiero y psicológico, de forma excepcional, si así lo decidiese la Autoridad Independiente de Protección del Informante, tras la valoración de las circunstancias derivadas de la presentación de la comunicación.

Finalmente, el legislador español no ha dejado ayunas de tutela —al menos en la *teoría*— a las personas *afectadas* por la comunicación del informante en casos, pensemos que excepcionales, temeroso de que la información, aun con aparentes visos de veracidad, haya sido manipulada, sea falsa o responda a motivaciones que el Derecho no puede amparar<sup>70</sup>. Por ello, ante la ausencia de esa premisa de la buena fe en la conducta del informante<sup>71</sup>, a esas personas se les tiene que reconocer, generosamente y con la mayor antelación posible<sup>72</sup> para que pueda ejercitar su derecho de defensa, el derecho a ser informado de los hechos que se le atribuyen y el estado de la tramitación de la denuncia, en la cual expresamente tiene reconocido el derecho a la presunción de inocencia, a la defensa y al acceso al expediente en los términos regulados en esta Ley, así como a la misma protección establecida para los informantes, preservándose su identidad y garantizándose la confidencialidad de los hechos y datos del procedimiento<sup>73</sup>.



<sup>70</sup> España, Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, Preámbulo.

<sup>71</sup> Sobre la buena fe como requisito indispensable para la protección del informante, en el Preámbulo de la Ley se dice que es expresión de un comportamiento cívico y representa la conciencia honesta de que se han producido o pueden producirse hechos graves perjudiciales. Sobre esta cuestión véase Naomi Colvín, Bruno Galizzi y Veronika Nad, *Cómo proteger mejor a los alertadores: Guía práctico para transponerla Directiva europea*, 8 y ss.; y Jordan Lowe y Philip M. J. Reckers, "The Deterrence Effects of Whistleblowing Provisions, Corporate Governance Culture, and Machiavellianism", *Behavioral Research in Accounting* 36, n.º 1 (2023): 3 y ss.

<sup>72</sup> Antonio Jesús Albarral Borrego, "Compliance y lucha contra la corrupción: la posible insuficiencia del canal interno de denuncias y la necesaria protección de denunciante y denunciado", *LA LEY Compliance Penal*, n.º 15 (2023).

<sup>73</sup> España, Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, Art. 39, arts. 9.2.f) y h) y 19.3. Sobre esta materia tan relevante y poco tratada véase Eduardo Vázquez de Castro, "La inminente obligatoriedad del 'compliance' en las organizaciones como imperativo europeo: protección jurídica de la empresa, del denunciante y del denunciado", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n.º 53 (2020); y José Gimeno Beviá, "El derecho de defensa en la Ley 2/2023 de protección del informante: la otra cara de la moneda", *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, n.º 8 (2023): 10-34.

## V. Régimen específico

A tono con la legislación comunitaria, la española contempla como vías de denuncia<sup>74</sup>, debidamente separadas y prelación, la interna, la externa y la pública, así como la publicidad —clara, accesible e identificable— de la información sobre la existencia de las dos primeras<sup>75</sup> y el registro de las informaciones que con su uso se reciban, y también de las investigaciones internas a las que hayan dado lugar<sup>76</sup>. Un registro que ni es público<sup>77</sup>, ni tiene por qué conservar ilimitadamente los datos personales relativos a las informaciones e investigaciones internas<sup>78</sup>, y que siempre tiene que garantizar los requisitos de confidencialidad previstos en la norma.

En cuanto a la primera vía de comunicación, a la española se le denomina como "sistema interno de información"<sup>79</sup>, tratando de trasladar la idea de que el canal interno de información es solamente una parte del *sistema*<sup>80</sup>, que debe admitir incluso comunicaciones anónimas<sup>81</sup>, junto a

<sup>74</sup> La elección de ellas debiera pasar por los estándares de 'eficacia' y 'adecuación' a los que se alude en el art. 31.bis.5 CP cuando se fijan los requisitos de los modelos de organización y gestión para que sean reputados de eficaces si lo que se quiere es que produzcan efectos atenuadores o exoneratorios, en los que se tiene que incluir la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

<sup>75</sup> Vid. España, Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, art. 25.

<sup>76</sup> Aunque la Ley —y la Directiva— está 'concentrada' en los mecanismos de recepción y divulgación de las informaciones sobre hechos graves o perjudiciales que se han producido o que pueden acontecer, está atribuyendo potestades investigadoras a los responsables de la gestión de los canales internos (art. 9.2) y externos de denuncia (art. 19), llegando incluso en este último caso a utilizar los términos "instrucción" e "investigado", y sólo considerar a los funcionarios de la Autoridad Independiente de Protección del Informante que desarrollen actividades de investigación como "agentes de la autoridad" en el ejercicio de sus funciones. Sobre las investigaciones internas, materia también estandarizada por la norma ISO/TS 37008:2023: *Guía compliance de investigaciones internas en organizaciones*, véase por todos Albert Estrada Cuadras, "Confesión o finiquito: el papel del derecho a no autoincriminarse en las investigaciones internas". *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4 (2020): 226-272; Daniel Tejada Plana, *Investigaciones internas, cooperación y nemo tenetur. Consideraciones prácticas nacionales e internacionales* (Pamplona: Aranzadi, 2020); María Ángeles Villegas García y Miguel Ángel Encinar del Pozo, *Lucha contra la corrupción, compliance e investigaciones internas* (Pamplona: Aranzadi, 2020); Miquel Fortuny Cendra, *Las investigaciones internas en compliance penal. Factores clave para su eficacia* (Pamplona: Aranzadi, 2021); Enrique de Madrid Dávila, "Investigación privada en el marco del compliance", *LA LEY Compliance Penal*, n.º 7 (2021); Sonia Trendafilova y Carlos Zabala, *Manual de investigaciones internas* (Pamplona: Aranzadi, 2021); Pedro Pouchain, "Autoincriminación 'forzada' en las investigaciones internas. Prohibición probatoria según la imputación al Estado", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4 (2022): 80-111; José León Alapont, *Canales de denuncia e investigaciones internas en el marco del Compliance Penal Corporativo*; Nicolás Rodríguez García, "Las investigaciones internas como elemento esencial de los 'criminal compliance program': haciendo de la necesidad virtud", *Revista Penal*, n.º 52 (2023b): 201-223; y Ana María Vicario Pérez, "La Directiva Whistleblowing: un paso más en la privatización del proceso penal. Especial referencia a las entrevistas en las investigaciones internas", *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* 9, n.º 2 (2023): 689-722.

<sup>77</sup> Por eso, conforme al art. 26.1.11 L. 2/2023, únicamente a petición razonada de la Autoridad judicial competente, mediante auto, y en el marco de un procedimiento judicial y bajo la tutela de aquella, podrá accederse total o parcialmente a su contenido. España, Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, art. 26.1.11.

<sup>78</sup> El art. 26.2 L. 2/2023 restringe temporalmente esta conservación de los datos personales con las limitaciones temporales complementarias: (i) durante el periodo que sea 'necesario' y 'proporcionado' a efectos de cumplir los mandatos de la Ley; y (ii) nunca más allá de un periodo superior a diez años. España, Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, art. 26.2.

<sup>79</sup> Sobre las buenas prácticas en su implementación véase Transparency International, *Internal whistleblowing systems. Best practice principles for public and private organisations* (Berlín: Transparency International, 2022); y Emiliano Silva, "La Ley 2/2023 y las buenas prácticas en el Sistema Interno de Información en el sector privado", *Diario LA LEY*, n.º 10420 (2024).

<sup>80</sup> España, Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, Art. 7.

<sup>81</sup> Cfr. el art. 7.3 L. 2/2023, que por el *tono* usado por el legislador parece que es una modalidad de denuncia secundaria, pese a que en el Preámbulo de la Ley —y en el articulado principal y en las modificaciones de otras normas, como las relativas a la defensa de la competencia— se le dedican muchos párrafos para ensalzar su importancia, inclusive para instituir un instrumento esencial para que se haya adoptado empresarialmente los *compliance programs*, ya que ha permitido que personas trabajadoras y los colaboradores hayan denunciado hechos graves que de otra manera no se habrían atrevido a informar por temor a represalias en el caso de ser identificados. La calificamos de *secundaria* porque en el apartado anterior, más explayadamente, se prescribe que las comunicaciones que se vehiculizan internamente se pueden realizar por escrito, a través de correo postal o de cualquier medio electrónico habilitado al efecto, o verbalmente, por vía telefónica, a través de sistema de mensajería de voz o, a solicitud del informante, mediante una reunión presencial, lo que obligará al responsable del sistema a grabarla. *Vid.*, además, el art. 7.2.V L. 2/2023 en el que se disciplina, previo consentimiento del informante, cómo se tiene que cumplir con la obligación de documentar las comunicaciones verbales. España, Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, art. 7.3 y art. 7.2.V. Sobre la misma véase Juan Carlos Ortiz Pradillo, "Pasado, presente y futuro de la denuncia anónima en el proceso penal", en *Derecho, Justicia, Universidad: liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos (Vol. 2)* (Madrid: Centro de

las previsiones sobre su utilidad y funcionalidades<sup>82</sup>, la manera en la que tiene que ser utilizado y gestionado —inclusive por un “tercero externo” que ofrezca garantías adecuadas de respeto de la independencia, confidencialidad, protección de datos y secreto de las comunicaciones—<sup>83</sup>, quién es su responsable<sup>84</sup> y cómo este tiene que tramitar diligentemente las informaciones que reciba<sup>85</sup>.

A este cauce se le otorga carácter ‘preferente’ para denunciar acciones y omisiones previstas en la Ley, sobre la base de que se considere que es lo suficientemente efectivo como para tratar la información que se reporte y siempre que el denunciante se sienta seguro y no tema recibir ningún tipo de represalia; por ello, ante la eventualidad de que se puedan dar cualquiera de estas dos circunstancias, los derechos de información del comunicante se extienden a que tiene que ser informado, de manera clara y accesible, sobre los canales externos de información ante las autoridades competentes y, en su caso, ante las instituciones, órganos u organismos de la Unión Europea<sup>86</sup>. Debido a esta dimensión, su existencia tiene que estar garantizada en las entidades obligadas en el sector privado y en el público<sup>87</sup>, tomando siempre en consideración las apreciaciones que le trasladen los representantes legales de las personas trabajadoras<sup>88</sup>.

Por su parte, el cauce de comunicación por canal externo de información debe encontrarse a cargo de una Autoridad Independiente de Protección del Informante (A.A.I.)<sup>89</sup>, de ámbito nacional<sup>90</sup>,

---

Estudios Ramón Areces, 2016), 2417-2436; Juan Martínez Moya, “Denuncia anónima, fraude empresarial e incumplimientos laborales: la jurisprudencia penal se pronuncia sobre el *whistleblowing*. El fin de la ley del silencio”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n.º 7 (2020): 1-11; Andrea Planchadell Gargallo, “Denuncia anónima e inicio de la investigación”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 58 (2020): 341-346; José Gimeno Beviá, “El fomento de la denuncia anónima y su incidencia en la justicia penal”, en *Retos en la lucha contra la delincuencia organizada. Un estudio multidisciplinar: garantías, instrumentos y control de los beneficios económicos* (Pamplona: Aranzadi, 2021), 211-228; Raquel Aliaga Rodríguez, “La denuncia anónima como instrumento de transparencia y protección de los denunciantes”, *Revista Española de la Transparencia*, n.º 14 (2022): 57-78; y Juan Vega Felgueroso, “La denuncia anónima en la Ley 2/2023”, *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, n.º extra 3 (2023).

<sup>82</sup> España, Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, Art. 5.2.

<sup>83</sup> España, Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, Art. 6.

<sup>84</sup> España, Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, Art. 8. En este punto, con todo acierto la Agencia Valenciana Antifraude, no solo propone que a esta persona se la denomine “responsable de integridad”, que sirva de enlace —‘palanca’ o ‘puente’— con los órganos de control, sino que también a la hora de la definición de sus competencias no se circunscriban éstas a las que literalmente recoge la Ley y su existencia se aproveche para otras cuestiones en relación directa con el texto y el espíritu de la Ley: ejecución del plan de integridad institucional y/o de cada uno de los marcos de integridad en los que se contienen otros instrumentos, trámites y acciones (códigos éticos, procedimientos de prevención y control de los conflictos de interés, formación, etc.). Agencia Valenciana Antifraude, *Guía AVAF. Ley 2/2023: Principales obligaciones y recursos de la AVAF*, 13.

<sup>85</sup> España, Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, Art. 9.

<sup>86</sup> España, Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, Art. 7.2.III.

<sup>87</sup> Vid., respectivamente, España, Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, arts. 10 a 12 y 13 a 15.

<sup>88</sup> España, Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, Art. 5.1.

<sup>89</sup> Su régimen jurídico detallado lo encontramos en el Título VIII de la Ley, donde se marca (i) su naturaleza como ente de derecho público de ámbito estatal, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada (art. 42), (ii) su régimen jurídico (arts. 44 a 52), (iii) su organización (arts. 53 a 59) y (iv) sus funciones, que según el art. 43 son: la gestión del canal externo de comunicaciones; la adopción de las medidas de protección al informante previstas en su ámbito de competencias; el informar preceptivamente los anteproyectos y proyectos de disposiciones generales que afecten a su ámbito de competencias y a las funciones que desarrolla; la tramitación de los procedimientos sancionadores e imposición de sanciones por las infracciones, en su ámbito de competencias; y el fomento y promoción de la cultura de la información. Vid. Emilio Zegri de Olivar, “La futura Autoridad Independiente de Protección del Informante y su reflejo en el derecho comparado”, *LA LEY Compliance Penal*, n.º 11 (2022); y Oscar Capdeferro Villagrasa, “La autoridad independiente de protección de las personas que informen sobre infracciones normativas”, en *Canales de información y protección del denunciante en las Administraciones locales. Estudios sobre la Ley 2/2023, de 20 de febrero* (Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, (2023b), 211-242.

<sup>90</sup> Con relación a otros modelos de autoridades externas véase Javier Sierra Rodríguez, “Impulso europeo al *whistleblowing* y las autoridades de integridad”, *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 19 (2020): 69 y ss.

o a través de las autoridades u órganos autonómicos, hayan hecho uso o no los informantes del canal interno<sup>91</sup>.

El denunciante tiene derecho a contar con una vía de comunicación tanto verbal como escrita, incluso anónima<sup>92</sup>, a comparecer ante la autoridad, a renunciar a la comunicación y a hacer uso de videoconferencia. Debe garantizársele, además, el derecho a conocer el estado de la denuncia, los resultados de la investigación y la protección de sus datos. En este sentido, su identidad sólo podrá ser comunicada a la Autoridad judicial, al Ministerio Fiscal o a la autoridad administrativa competente en el marco de una investigación penal, disciplinaria o sancionadora<sup>93</sup>.

La norma regula, además, la competencia de la Autoridad Independiente de Protección del Informante<sup>94</sup>, así como el procedimiento a seguir, con todas sus etapas: recepción de la denuncia —directamente o a consecuencia del reenvío por una autoridad incompetente para investigar los hechos ante la que se ha presentado la denuncia<sup>95</sup>—, autocontrol de su competencia<sup>96</sup>, admisión, instrucción y terminación de las actuaciones<sup>97</sup>.

Son unas previsiones que tienen que ser actualizadas y publicitadas<sup>98</sup>, explicitándose detalladamente las garantías y derechos del informante en todas ellas, que son: (i) decidir si desea formular o no la comunicación de forma anónima; (ii) formular la comunicación verbalmente o por escrito; (iii) indicar un domicilio, correo electrónico o lugar seguro donde recibir las comunicaciones que realice la Autoridad Independiente de Protección del Informante, a propósito de la investigación; (iv) renunciar, en su caso, a recibir comunicaciones de la Autoridad Independiente de Protección del Informante; (v) comparecer ante la Autoridad Independiente de Protección del Informante por propia iniciativa o cuando sea requerido por esta, siendo asistido, en su caso y si lo considera oportuno, por abogado; (vi) solicitar a la Autoridad Independiente de Protección del Informante que la comparecencia ante la misma sea realizada por videoconferencia u otros medios telemáticos seguros que garanticen la identidad del informante, y la seguridad y fidelidad de la comunicación; (vii) ejercer los derechos que le confiere la legislación de protección de datos

---

<sup>91</sup> Vid. Humberto Gosálbez Pequeño, “El canal externo de información sobre infracciones normativas: de la Directiva 2019/1937/UE, de 23 de octubre, a la Ley 2/2023, de 20 de febrero”, en *Canales de información y protección del denunciante en las Administraciones locales. Estudios sobre la Ley 2/2023, de 20 de febrero* (Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2023), 117-150.

<sup>92</sup> Cuando no haga uso de este privilegio, su identidad tendrá que ser reservada frente a terceras personas, tomándose además las siguientes cautelas (art. 33.2 L. 2/2023): (i) quienes reciban las informaciones de las infracciones no pueden obtener datos que permitan la identificación del informante; y (ii) deberán contar con medidas técnicas y organizativas adecuadas para preservar la identidad y garantizar la confidencialidad de los datos correspondientes a las personas afectadas y a cualquier tercero que se mencione en la información suministrada, especialmente la identidad del informante en caso de que se hubiera identificado.

<sup>93</sup> España, Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, Art. 33.3. Y en caso de que se vaya a llevar a cabo la revelación de la identidad del informante, éste tiene derecho a saberlo, así como su justificación escrita a cargo de la autoridad competente, salvo que dicha información pudiera comprometer la investigación o el procedimiento judicial.

<sup>94</sup> Vid. España, Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, art. 24.1.

<sup>95</sup> España, Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, Art. 23. Destacar aquí que, según el art. 20.5 L. 2/2023, por el hecho de que el informante presente una comunicación automáticamente su rol en el procedimiento no se transforma en “interesado”. España, Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, art. 20.5.

<sup>96</sup> Cuando a consecuencia de la misma se entienda que el canal de recepción de la denuncia usado no ha sido el competente o se haya hecho por un personal que no es el responsable de su tratamiento, las autoridades competentes garantizarán, mediante el procedimiento de gestión del Sistema establecido, que el personal que la haya recibido no pueda revelar cualquier información que pudiera permitir identificar al informante o a la persona afectada y que remitan con prontitud la comunicación, sin modificarla, al Responsable del Sistema de información. España, Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, art. 24.3.

<sup>97</sup> Cfr. España, Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, arts. 17 a 20.

<sup>98</sup> España, Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, Art. 22.

de carácter personal; y (viii) conocer el estado de la tramitación de su denuncia y los resultados de la investigación<sup>99</sup>.

Finalmente, en cuanto a la vía de revelación pública, dispone la Ley que estaremos ante ella cuando la información de las acciones y omisiones tipificadas legalmente se ponga a disposición del público, quedando la persona actuante protegida, siempre y cuando se cumpla alguna de las condiciones siguientes, exigencia que no será necesario satisfacer en caso de que la persona haya revelado información directamente a la prensa con arreglo al ejercicio de la libertad de expresión y de información veraz previstas constitucionalmente y en su legislación de desarrollo<sup>100</sup>:

(a) que haya realizado la comunicación primero por canales internos y externos, o directamente por canales externos, sin que se hayan tomado medidas apropiadas al respecto en el plazo establecido; o

(b) que tenga motivos razonables para pensar que, o bien la infracción puede constituir un peligro inminente o manifiesto para el interés público, en particular cuando se da una situación de emergencia, o existe un riesgo de daños irreversibles, incluido un peligro para la integridad física de una persona; o bien, en caso de comunicación a través de canal externo de información, exista riesgo de represalias o haya pocas probabilidades de que se dé un tratamiento efectivo a la información debido a las circunstancias particulares del caso, tales como la ocultación o destrucción de pruebas, la connivencia de una autoridad con el autor de la infracción, o que esta esté implicada en la infracción.

Con el Título IX relativo al régimen sancionador se cierra la parte troncal de la Ley, a la que le siguen un buen número de disposiciones adicionales, transitorias y finales.

Los principios y las reglas de las normas del régimen jurídico del sector público<sup>101</sup> y del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas<sup>102</sup> son el marco legal a partir del cual se va a ejercer la potestad sancionadora dentro del sistema español de protección de alertantes, competencia frente a personas físicas y jurídicas que se da a la Autoridad Independiente de Protección del Informante y a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas, sin perjuicio de las facultades disciplinarias que en el ámbito interno de cada organización pudieran tener los órganos competentes<sup>103</sup>.

También en esta materia se repite la categorización europea de las infracciones en "muy graves" —acciones u omisiones dolosas—, "graves" y "leves"<sup>104</sup>, las cuales son 'graduables' tomando en consideración, entre otros, elementos como la reincidencia, la intencionalidad y culpabilidad del autor, la reparación de los daños o perjuicios causados o la colaboración con la Autoridad Independiente de Protección del Informante<sup>105</sup>.

En el inventario legal de las primeras encontramos, por ejemplo, cualquier actuación que

<sup>99</sup> España, Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, Art. 21.

<sup>100</sup> España, Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, Art. 28.

<sup>101</sup> España, Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, Boletín Oficial del Estado, 2 de octubre de 2015.

<sup>102</sup> España, Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, Boletín Oficial del Estado, 2 de octubre de 2015.

<sup>103</sup> Vid. España, Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, apartados 2 y 3 del art. 61, en los que, respectivamente, atribuyen las competencias en una y otras.

<sup>104</sup> Vid. España, Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, art. 63. Y también el art. 64, relativo a la prescripción de las infracciones.

<sup>105</sup> Vid. España, Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, art. 66.

suponga una efectiva limitación de los derechos y garantías recogidos en la Ley, la adopción de cualquier represalia derivada de la comunicación a las personas que ya hemos citado, vulnerar las garantías de confidencialidad y anonimato o del deber de mantener secreto sobre cualquier aspecto relacionado con la información, comunicar o revelar públicamente información a sabiendas de su falsedad e incumplir la obligación de disponer de un sistema interno de información.

También la multa es la consecuencia jurídica a imponer por la comisión de las infracciones seleccionadas por el legislador español<sup>106</sup>, a las que en el caso de las que sean calificadas de muy graves la Autoridad Independiente de Protección del Informante puede añadir (i) la amonestación pública, (ii) la prohibición de obtener subvenciones u otros beneficios fiscales hasta un periodo de cuatro años o (iii) la prohibición de contratar con el sector público durante un plazo máximo de tres años<sup>107</sup>.

Las sanciones prescriben con una temporalización acorde a la penalidad marcada por la Ley<sup>108</sup>.

<sup>106</sup> Vid. España, Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, art. 65.1.

<sup>107</sup> Según el art. 65.3 L. 2/2023, cuando las sanciones monetarias sean de cuantía igual o superior a 600.001 euros y se impongan a entidades jurídicas podrán ser publicadas en el "Boletín Oficial del Estado", tras la firmeza de la resolución en vía administrativa, una publicación que deberá contener, al menos, información sobre el tipo y naturaleza de la infracción y, en su caso, la identidad de las personas responsables de las mismas de acuerdo con la normativa en materia de protección de datos. España, Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, art. 65.3.

<sup>108</sup> Vid. España, Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, art. 68.

## V. Reflexión final

Pasado un año de la entrada en vigor de la Ley *Whistleblowing* española, de manera *simplista* podríamos llegar a decir que los deberes legales dimanados de la Directiva 2019/1937, aunque tarde, ni mucho menos bien ni de manera completa<sup>109</sup> y sin el desarrollo institucional comprometido —¡qué decir de la todavía esperada Autoridad Independiente de Protección del Informante (A.A.I.)!—, están cumplidos. Una vez más en nuestro país, como le dijera nuestro Carlos I a Francisco I de Francia en respuesta a su amenaza de declararle la guerra, *el papel lo aguanta todo*.

Se ha mejorado mucho, sí, indudablemente, pero con la transformación jurídica que ha supuesto la Ley 2/2023 tan solo se han dado los primeros pasos en la construcción de una nueva arquitectura institucional pública y privada que se extienda por todo el territorio nacional y, lo que debiera preocupar y ocupar más, en la generación y capilarización de una cultura cívica en la que la figura de los llamados a ser informantes o alertantes<sup>110</sup> sea vista como la que representa a un ciudadano ejemplar, aceptado y protegido socialmente, digno de ser imitado, desde la 'normalidad cívica', lo que indirectamente permitiría colegir que se ha superado la tradicional visión binaria de 'heroe' o 'villano' —o 'soplón', 'sapo', 'delator', 'topo', 'bocazas', 'cotillas', 'cagones', 'traidor'...<sup>111—112</sup>.

Que el sistema penal, y más, el ordenamiento jurídico en su integridad, disponga de un marco legal pertinente y equilibrado con las posiciones jurídicas de denunciadores y denunciados también va a clarificar el escenario social y legal de aquellos que piensan y planifican hechos generadores de reproches éticos y responsabilidades, de forma tal que su análisis jurídico y económico no arroje una expectativa de beneficios directos, rápidos y seguros<sup>113</sup>. Pero hasta ahí, sin que la estrategia de proteger a los alertantes y denunciadores sea, *per se*, un 'remedio mágico' que mejore sustancialmente, y más a corto plazo, los datos del combate de los delitos económicos y financieros<sup>114</sup>. Es una *parte* del *todo*, donde tiene que convivir armónicamente con las investigaciones internas corporativas, con la responsabilidad —no solo penal— de las personas jurídicas y con los programas de cumplimiento normativo<sup>115</sup>.

<sup>109</sup> Vid. Nicolás Rodríguez García (2024a), en el que entre otras consideraciones críticas reclamamos que la secuencia de cambios legales continúe con la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en lo que llega —¿cuándo?— un nuevo Código de Proceso Penal del siglo XXI. Nicolás Rodríguez García, "El fomento europeo de los alertantes e informantes en plena expansión de una justicia penal colaborativa", *LA LEY Compliance Penal*, n.º 16 (2024a).

<sup>110</sup> Vid. Alexander Dyck, Adair Morse y Luigi Zingales, "Who blows the whistle on corporate fraud?", *Journal of Finance* 65, n.º 6 (2010): 2213-2253.

<sup>111</sup> José Luis Pérez Triviño, "Whistleblowing", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 14 (2018): 286-287.

<sup>112</sup> Vid. en interesante enfoque dado por José Antonio Fernández Ajenjo (2020) ordenando los principales problemas axiológicos que se le plantean a los ciudadanos cuando ponderan la conveniencia y utilidad de denunciar hechos a las autoridades. José Antonio Fernández Ajenjo, "Estatus axiológico de la Directiva de protección del denunciante", *Revista Administración & Ciudadanía, EGAP* 15, n.º 1 (2020): 39-62.

<sup>113</sup> Vid. Ting Jiang, Jan Lindemans y Cristina Bicchieri, "Can trust facilitate bribery? Experimental evidence from China, Italy, Japan, and the Netherlands", *Social Cognition* 33, n.º 5 (2015): 483-504.; Klaus Abbink y Kevin Wu, "Reward self-reporting to deter corruption: An experiment on mitigating collusive bribery"; José Antonio Lascurain Sánchez, "Análisis de riesgos penales: cuatro inquietudes", *LA LEY Compliance Penal*, n.º 7 (2021); Štěpán Bahník y Marek A. Vranka, "Experimental test of the effects of punishment probability and size on the decision to take a bribe", *Journal of Behavioral and Experimental Economics*, n.º 97 (2022): 1-8; y Carmen Tanner, Stefan Linder y Matthias Sohn, "Does moral commitment predict resistance to corruption? Experimental evidence from a bribery game", *PLoS ONE* 17, n.º 1 (2022): 1-22.

<sup>114</sup> Con este planteamiento, estudiando de la incidencia que puede tener en un país el Estado de Derecho, la buena gobernanza y el reproche que merecen las difamaciones, véase Adewale J. Adetunji, "Whistleblowing: interrogating the complexities of law, governance, and freedom of expression in developing nations", *Journal of Money Laundering Control* 27, n.º 2 (2024): 262-274..

<sup>115</sup> Vid. Lorena Bachmaier Winter, "Whistleblowing europeo y compliance: La Directiva EU de 2019 relativa a la protección de personas que reporten infracciones del Derecho de la Unión", *Diario LA LEY*, n.º 9539 (2019); Juan Luis Gómez Colomer, *Tratado sobre compliance penal* (Tirant lo Blanch: Valencia, 2019). Humberto Gosálbez Pequeño, "El canal externo de información sobre infracciones normativas: de la Directiva 2019/1937/UE, de 23 de octubre, a la Ley 2/2023, de 20 de febrero", en *Canales de información y protección del denunciante en las Administraciones locales. Estudios sobre la Ley 2/2023, de 20 de febrero* (Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2023), 117-150.; Iván Navas Mondac y Gustavo Balmaceda Hoyos, *El Criminal Compliance en el Derecho Comparado* (Tirant lo Blanch: Valencia, 2019); Nicolás Rodríguez García, *Tratado angloiberoamericano sobre compliance penal* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021) y "El sistema penal español en tiempos de compliance: ¿de dónde venimos? ¿a dónde vamos?", *LA LEY Penal: Revista de*

## VI. Bibliografía

Abad Alcalá, Leopoldo e Isabel Serrano Mailló. *La integridad en la Administración. Contratación pública y lucha contra la corrupción*. Pamplona: Aranzadi, 2022.

Abbink, Klaus y Kevin Wu. "Reward self-reporting to deter corruption: An experiment on mitigating collusive bribery". *Journal of Economic Behavior & Organization* 133, (2017): 256-272.

Adetunji, Adewale J. "Whistleblowing: interrogating the complexities of law, governance, and freedom of expression in developing nations". *Journal of Money Laundering Control* 27, n.º 2 (2024): 262-274.

Agencia Valenciana Antifraude. *Guía AVAF. Ley 2/2023: Principales obligaciones y recursos de la AVAF*. Valencia: AVAF, 2023.

Albarral Borrego, Antonio Jesús. "Compliance y lucha contra la corrupción: la posible insuficiencia del canal interno de denuncias y la necesaria protección de denunciante y denunciado". *LA LEY Compliance Penal*, n.º 15 (2023).

Aldea Gamarra, Alfonso. "Implicaciones en el contexto del compliance derivadas de la Directiva Whistleblowing y su transposición al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción". *Revista de Estudios Europeos*, n.º 83 (2024): 92-113.

Aliaga Rodríguez, Raquel. "La denuncia anónima como instrumento de transparencia y protección de los denunciadores". *Revista Española de la Transparencia*, n.º 14 (2022): 57-78.

Aneiros Pereira, José. "La prevención del blanqueo de capitales y el 'legal compliance'", en *Estudios sobre control del fraude fiscal y prevención del blanqueo de capitales*. Pamplona: Aranzadi, 2016.

Antunes, Maria João. "Privatização das investigações e compliance criminal". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 28, n.º 1 (2018): 119-127.

Arlen, Jennifer y Marcel Kahan. "Corporate governance regulation through nonprosecution". *University of Chicago Law Review* 84, n.º 1 (2017): 323-387.

Ayala de la Torre, José María y José María Bueno Sánchez. *La protección del informante en el Derecho español. Tras la Directiva Whistleblower y la Ley 2/2023 de 20 de febrero*. Pamplona: Aranzadi, 2023.

Aymerich Cano, Carlos y Margarita Parajó Calvo. *La aplicación de la Ley de Protección de Informantes en el Sector Público. Especial referencia a las Entidades Locales*. Madrid: El Consultor de Los Ayuntamientos, 2023.

Bachmaier Winter, Lorena. "Whistleblowing europeo y compliance: La Directiva EU de 2019 relativa a la protección de personas que reporten infracciones del Derecho de la Unión". *Diario LA LEY*, n.º 9539 (2019).

Bahník, Štěpán y Marek A. Vranka. "Experimental test of the effects of punishment probability and size on the decision to take a bribe". *Journal of Behavioral and Experimental Economics*, n.º 97 (2022): 1-8.

Bermejo, Mateo. "Whistleblowing. Evolución y caracteres esenciales en el Derecho comparado y en la Directiva Europea 2019/1937". *LA LEY Compliance Penal*, n.º 2 (2020).

Capdeferro Villagrasa, Oscar. "La autoridad independiente de protección de las personas que informen sobre infracciones normativas". En *Canales de información y protección del denunciante en las Administraciones locales. Estudios sobre la Ley 2/2023, de 20 de febrero*. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, (2023b).

Carrasco Montoro, Javier. "La materialización positiva del *whistleblowing* en España: la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción". *Diario LA LEY*, n.º 10296 (2023).

*Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, n.º 160 (2023a); Magdalena Kun-Buczko, "Whistleblowing Procedures as Part of the Compliance System and Culture of the Organization", *Studies in Logic, Grammar and Rhetoric* 68, n.º 1 (2023): 541-554; y Alfonso Aldea Gamarra, "Implicaciones en el contexto del compliance derivadas de la Directiva Whistleblowing y su transposición al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción", *Revista de Estudios Europeos*, n.º 83 (2024): 92-113.

- Clavijo Suntura, Joel Harry. *La prevención de blanqueo de capitales. Un análisis teórico práctico*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2022.
- Colvin, Naomi, Bruno Galizzi y Veronika Nad. *Cómo proteger mejor a los alertadores: Guía práctico para transponerla Directiva europea*. Madrid: Blueprint for Free Speech, 2020.
- De Madrid Dávila, Enrique. "Investigación privada en el marco del compliance". *LA LEY Compliance Penal*, n.º 7 (2021).
- De Pitta Simões, Patrick. *Proteção de denunciante e canais de denúncias*. Coimbra: Almedina, 2023.
- Dyck, Alexander, Adair Morse y Luigi Zingales. "Who blows the whistle on corporate fraud?". *Journal of Finance* 65, n.º 6 (2010): 2213-2253.
- España. *Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación*. Boletín Oficial del Estado, 7 de marzo de 2019.
- . *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995.
- . *Ley 14/2008, de 5 de noviembre, de la Oficina Antifraude de Cataluña*. Boletín Oficial del Estado, 4 de diciembre de 2008.
- . *Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo*. Boletín Oficial del Estado, 29 de marzo de 2010.
- . *Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*. Boletín Oficial del Estado, 2 de octubre de 2015.
- . *Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público*. Boletín Oficial, 2 de octubre de 2015.
- . *Ley 2/2016, de 11 de noviembre, por la que se regulan las actuaciones para dar curso a las informaciones que reciba la Administración Autonómica sobre hechos relacionados con delitos contra la Administración Pública y se establecen las garantías de los informantes*. Boletín Oficial del Estado, 20 de diciembre de 2016.
- . *Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunidad Valenciana*. Boletín Oficial del Estado, 20 de diciembre de 2016.
- . *Ley 16/2016, de 9 de diciembre, de creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Islas Baleares*. Boletín Oficial del Estado, 10 de enero de 2016.
- . *Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética públicas de la Comunidad Autónoma de Aragón*. Boletín Oficial del Estado, 8 de septiembre de 2017.
- . *Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014*. Boletín Oficial del Estado, 9 de noviembre de 2017.
- . *Ley Foral 7/2018, de 17 de mayo, de creación de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra*. Boletín Oficial del Estado, 8 de junio de 2018.
- . *Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*. Boletín Oficial del Estado, 21 de febrero de 2023.
- Estrada Cuadras, Albert. "Confesión o finiquito: el papel del derecho a no autoincriminarse en las investigaciones internas". *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4 (2020): 226-272.
- Fabregat Monfort, Gemma. *Compliance laboral en acoso y otras conductas contrarias a la libertad sexual e integridad moral*. Barcelona: Lefebvre, 2023.
- Fernández Ajenjo, José Antonio. "Estatus axiológico de la Directiva de protección del denunciante". *Revista Administración & Ciudadanía, EGAP* 15, n.º 1 (2020): 39-62.
- . *Comentarios de la Ley 2/2023 reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.
- Fernández León, Óscar. "Los beneficios del compliance y la necesidad de su conocimiento por el empresario". En *Compliance*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2019.
- Fernández Ramos, Santiago. "La Ley 2/2023, de 20 de febrero, de protección al informante: ámbito material de aplicación". *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 63 (2023): 1-31.
- Fortuny Cendra, Miquel. "La Ley Sapin (II): un nuevo marco para la prevención y persecución internacional de la corrupción". En *Compliance & Anticorrupción: Visión práctica de la normativa internacional*. Pamplona: Aranzadi, 2020.
- . *Las investigaciones internas en compliance penal. Factores clave para su eficacia*. Pamplona: Aranzadi, 2021.
- . *250 preguntas y respuestas sobre la Ley de Protección de los Informantes Ley 2/2023, de 20 de febrero*. Pamplona, Aranzadi, 2024.
- Fridriczewski, Vanir y Nicolás Rodríguez García. *En busca de estrategias 360 anticorrupción*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.
- Galán Galán, Alfredo y Petra Mahillo García. *Canales de información y protección del denunciante en las Administraciones locales. Estudios sobre la Ley 2/2023, de 20 de febrero*. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2023.
- García-Moreno, Beatriz. *Del whistleblower al alertador. La regulación europea de los canales de denuncia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- . "Las recompensas económicas al alertador ("whistleblower"). ¿Limite infranqueable o justa contraprestación?". En *Libro Homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero. Un Derecho penal humanista. Vol. I*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2021.
- Garrós Font, Imma y Nuria Romera Santiago. "Hacia una protección efectiva de los denunciante". *Actualidad Administrativa*, n.º 7 (2020).
- Gimeno Beviá, José. "De Falciani a Birkenfeld: la evolución del delator en un cazarrecompensas. Aspectos procesales e incidencia frente a las personas jurídicas (whistleblower vs bounty hunter)". *Diario LA LEY*, n.º 9139 (2018).
- . "El fomento de la denuncia anónima y su incidencia en la justicia penal". En *Retos en la lucha contra la delincuencia organizada: Un estudio multidisciplinar: garantías, instrumentos y control de los beneficios económicos*. Pamplona: Aranzadi, 2021.
- . "El derecho de defensa en la Ley 2/2023 de protección del informante: la otra cara de la moneda". *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, n.º 8 (2023): 10-34.
- Gimeno Feliú, José María. "Lucha contra la corrupción en el modelo de control de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público". En *La nueva contratación pública en el ámbito local: claves para una contratación electrónica y transparente*. Madrid: Wolters Kluwer, 2018.
- Goena Vives, Borja. "Whistleblowing: ¿Prohibición, prescripción o permisión? El caso 'Luxleaks'". *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3 (2021): 313-322.
- Gómara, José Luis y María Luz Puerto Mendoza. *Memento Práctico - Prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo (2023-2024)*. Barcelona: Ediciones Lefebvre, 2023.
- Gómez Colomer, Juan Luis. *Tratado sobre compliance penal*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2019.
- Gosálbez Pequeño, Humberto. "El canal externo de información sobre infracciones normativas: de la Directiva 2019/1937/UE, de 23 de octubre, a la Ley 2/2023, de 20 de febrero". En *Canales de información y protección del denunciante en las Administraciones locales. Estudios sobre la Ley 2/2023, de 20 de febrero*. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2023.
- Guinarte Cabada, Guillermo y María Castro Corredoira. "Prohibiciones para contratar con el sector público y corrupción". *LA LEY Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, n.º 162 (2023).



- Herederero Ortiz de la Tabla, Luis. "La construcción de un sistema de integridad institucional en la Administración de Castilla y León (2007-2021)". *Revista Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, n.º 28 (2022): 27-47.
- Hernández, Alfredo. "Esto es lo que tiene que saber una empresa si quiere o tiene que aplicar la Ley de Protección del Informante". *Diario LA LEY*, n.º 10253 (2023).
- Hock, Branislav y Elizabeth Dávid-Barrett. "The compliance game: Legal endogeneity in anti-bribery settlement negotiations". *International Journal of Law, Crime and Justice* 71, (2022).
- Hogic, Nino. "Financial Incentives for Whistleblowing. A Comparative Perspective". *European Journal of Comparative Law and Governance*, (2023): 1-30.
- Igartua Miró, María Teresa. "Los canales de denuncia internos (*whistleblowing*) como mecanismo de tutela frente al acoso laboral". *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n.º 447 (2020): 37-69.
- Iglesias Rey, Patricia. "Implicaciones de la nueva ley de protección del informante: la exigencia de los canales de denuncia en el sector público como un elemento nuclear de los sistemas de integridad". *Revista Auditoría Pública*, (2023): 164-178.
- Jiang, Ting, Jan Lindemans y Cristina Bicchieri. "Can trust facilitate bribery? Experimental evidence from China, Italy, Japan, and the Netherlands". *Social Cognition* 33, n.º 5 (2015): 483-504.
- Kafteranis, Dimitrios. "The International Legal Framework on Whistle-Blowers: What More Should Be Done?". *Seattle Journal for Social Justice* 19, n.º 3 (2021): 729-758.
- Karpacheva, Elina y Branislav Hock. "Foreign whistleblowing: the impact of US extraterritorial enforcement on anti-corruption laws in Europe". *Journal of Financial Crime* 31, n.º 1 (2024): 1-13.
- Kun-Buczko, Magdalena. "Whistleblowing Procedures as Part of the Compliance System and Culture of the Organization". *Studies in Logic, Grammar and Rhetoric* 68, n.º 1 (2023): 541-554.
- Lamas Leite, André. "Considerações sobre a Lei n.º 94/2021, de 22 de Dezembro e algumas propostas de revisão do Código Penal". En *Contributos para uma (urgente) reforma da Justiça*. Braga: Nova Causa, 2022.
- Lascurain Sánchez, José Antonio. "Análisis de riesgos penales: cuatro inquietudes". *LA LEY Compliance Penal*, n.º 7 (2021).
- Lefebvre, Francis. *Canal de denuncias. Ley 2/2023*. Barcelona: Ediciones Lefebvre, 2023.
- Leite, Inês Ferreira. "Regime Geral de Prevenção da Corrupção na Estratégia Nacional Anticorrupção - 2020/2024". En *Corrupção em Portugal - Avaliação Legislativa e Propostas de Reforma*. Lisboa: Universidade Católica, 2021.
- León Alapont, José. *Canales de denuncia e investigaciones internas en el marco del Compliance Penal Corporativo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.
- Lowe, Jordan y Philip M. J. Reckers. "The Deterrence Effects of Whistleblowing Provisions, Corporate Governance Culture, and Machiavellianism". *Behavioral Research in Accounting* 36, n.º 1 (2023): 1-23.
- Machado de Souza, Renato y Nicolás Rodríguez García. *Justicia negociada y personas jurídicas: la 'modernización' de los sistemas penales en clave norteamericana*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.
- Martin Sánchez, Miguel Á. *Tratado sistematizado de prevención del blanqueo de capitales para profesionales*. Pamplona: Aranzadi, 2017.
- Martínez Martínez, Ricard. "El tratamiento de datos personales en el marco de la Ley 2/2023, de protección del denunciante. Requisitos y recomendaciones para el sector público". *LA LEY Privacidad*, n.º 15 (2023).
- Martínez Moya, Juan. "Denuncia anónima, fraude empresarial e incumplimientos laborales: la jurisprudencia penal se pronuncia sobre el *whistleblowing*. El fin de la ley del silencio". *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n.º 7 (2020): 1-11.
- Martínez Saldaña, David. *La protección del Whistleblower*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- Meseguer Yebra, Joaquín. "Sistema de denuncias y protección del denunciante en el sector público". En *Guía práctica de compliance en el sector público*. Madrid: Wolters Kluwer, 2020.
- Miranzo Díaz, Javier. *La prevención de la corrupción en la contratación pública*. Madrid: El Consultor de Los Ayuntamientos, 2019.
- Navas Mondac, Iván y Gustavo Balmaceda Hoyos. *El Criminal Compliance en el Derecho Comparado*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2019.
- Núñez Paz, Miguel Ángel. "La responsabilidad criminal y la gestión del riesgo mediante programas de cumplimiento en relación con la Directiva de 2015". En *V Congreso Sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero: Ponencias y Conclusiones del Congreso sobre las reformas de 2015 e incidencia en la economía y sociedad digital, celebrado en el salón de actos de la EGAP, Santiago de Compostela, en julio de 2017*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- Olaizola Nogales, Inés, Elisa Sierra Hernáiz y Hugo López López. *Análisis de la Directiva UE 2019/1937 Whistleblower desde las perspectivas penal, procesal, laboral y administrativo-financiera*. Pamplona: Aranzadi, 2018.
- Ortiz Pradillo, Juan Carlos. "Pasado, presente y futuro de la denuncia anónima en el proceso penal". En *Derecho, Justicia, Universidad: liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos (Vol. 2)*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2016.
- . "La delación premiada en España: instrumentos para el fomento de la colaboración con la justicia". *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* 3, n.º 1 (2017): 39-69.
- Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea. *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*. 23 de octubre de 2019. DOUE L 305.
- . *Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (DOUE n.º 57, de 18 de febrero); en la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*. 30 de septiembre de 2021.
- Pérez Monguió, José María y Severiano Fernández Ramos. *El nuevo sistema de protección del informante. Estudio sistemático de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*. Barcelona: Bosch, 2023.
- Pérez Triviño, José Luis. "Whistleblowing", *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 14 (2018): 285-298.
- Planchadell Gargallo, Andrea. "Denuncia anónima e inicio de la investigación". *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 58 (2020): 341-346.
- Portugal. *Lei n.º 93/2021, de 20 de dezembro. Estabelece o regime geral de proteção de denunciadores de infrações, transpondo a Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2019, relativa à proteção das pessoas que denunciam violações do direito da União*. Diário da República, 20 de diciembre de 2021.
- Potipiroon, Wisanupong. "Reward Expectancy and External Whistleblowing: Testing the Moderating Roles of Public Service Motivation, Seriousness of Wrongdoing, and Whistleblower Protection". *Public Personnel Management*, (2024).
- Pouchain, Pedro. "Autoincriminación 'forzada' en las investigaciones internas. *Prohibición probatoria según la imputación al Estado*". *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4 (2022): 80-111.
- Puyol, Javier. *El funcionamiento práctico del canal de compliance "whistleblowing"*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- Ragués I Vallès, Ramón. "¿Héroes o traidores?: La protección de los informantes internos (*whistleblowers*) como estrategia político-criminal". *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3 (2006): 1-19.
- Rams Ramos, Luis. "La protección de datos de carácter personal en el marco de los procedimientos de información sobre infracciones normativas". En *Canales de información y protección del denunciante en las Administraciones locales. Estudios sobre la Ley 2/2023, de 20 de febrero*. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2023.
- Rodríguez García, Nicolás. *Tratado angloiberoamericano sobre compliance penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.
- . "El sistema penal español en tiempos de *compliance*: ¿de dónde venimos? ¿a dónde vamos?". *LA LEY Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, n.º 160 (2023a).

- . "Las investigaciones internas como elemento esencial de los 'criminal compliance program': haciendo de la necesidad virtud". *Revista Penal*, n.º 52 (2023b): 201-223.
- . "El fomento europeo de los alertantantes e informantes en plena expansión de una justicia penal colaborativa". *LA LEY Compliance Penal*, n.º 16 (2024a).
- . "Portugal: tan cerca y tan lejos de España en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la protección de los whistleblowers". En prensa, (2024b).
- Sáez Lara, Carmen. *La protección de denunciantes. Propuesta de regulación para España tras la Directiva whistleblowing*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- Sánchez Sánchez, Rosa María. "Sistemas de compliance y canales de denuncia en la administración pública. Una referencia al ayuntamiento de Barcelona y su buzón ético y de buen gobierno". *LA LEY Compliance Penal*, n.º 2 (2020).
- Sanhudo, João Manuel. "A relevância substantiva dos programas de cumprimento normativo após a Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro: uma análise crítica". *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 32, n.º 1 (2022): 7-60.
- Seoane Pedreira, Alejandro. *La prevención del blanqueo de capitales*. Pamplona: Aranzadi, 2020.
- Sierra Rodríguez, Javier. "Impulso europeo al whistleblowing y las autoridades de integridad". *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 19 (2020): 64-85.
- Silva, Emiliano. "La Ley 2/2023 y las buenas prácticas en el Sistema Interno de Información en el sector privado". *Diario LA LEY*, n.º 10420 (2024).
- Simón Castellano, Pere. "La inmunidad penal como recompensa a los denunciantes. Allende un nuevo factor subjetivo-formal de punibilidad". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 24-14 (2022): 1-32.
- Tanner, Carmen, Stefan Linder y Matthias Sohn. "Does moral commitment predict resistance to corruption? Experimental evidence from a bribery game". *PLoS ONE* 17, n.º 1 (2022): 1-22.
- Tardío Pato, José Antonio. "Los contratos del sector público y la prevención de la corrupción mediante transparencia y buen gobierno". En *Homenaje al profesor Ángel Menéndez Rexach (Vol. 1)*. Pamplona: Aranzadi, 2018.
- Tejada Plana, Daniel. *Investigaciones internas, cooperación y nemo tenetur. Consideraciones prácticas nacionales e internacionales*. Pamplona: Aranzadi, 2020.
- Transparency International. *Internal whistleblowing systems. Best practice principles for public and private organisations*. Berlin: Transparency International, 2022.
- Trendafilova, Sonia y Carlos Zabala. *Manual de investigaciones internas*. Pamplona: Aranzadi, 2021.
- Vallejo Costa, Raúl. "Los canales de denuncia y la protección del whistleblower en la Directiva (EU) 2019/1937 y la perspectiva de género: una reflexión integral e integrada con el Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el lugar de trabajo". En *Análisis de la Directiva UE 2019-1937 Whistleblower desde las perspectivas penal, procesal, laboral y administrativo-financiera*. Pamplona: Aranzadi, 2021.
- Vázquez de Castro, Eduardo. "La inminente obligatoriedad del 'compliance' en las organizaciones como imperativo europeo: protección jurídica de la empresa, del denunciante y del denunciado". *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, n.º 53 (2020).
- Vega Felgueroso, Juan. "La denuncia anónima en la Ley 2/2023". *Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista Técnica Especializada en Administración Local y Justicia Municipal*, n.º extra 3 (2023).
- Velasco Núñez, Eloy. *El canal de denuncias: sector privado y público. La protección del informante en la Ley 2/2023, de 20 de febrero*. Madrid: La Ley, 2023.
- Vestri, Giuseppe. "La Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción: ámbito de actuación, funciones, deber de colaboración, confidencialidad, protección de datos y actividad estructural". En *Las políticas de buen gobierno en Andalucía. Vol. 2. Smart regulation, simplificación administrativa, participación ciudadana e integridad*. Sevilla: Junta de Andalucía. Instituto Andaluz de Administración Pública, 2022.
- Vicario Pérez, Ana María. "La Directiva Whistleblowing: un paso más en la privatización del proceso penal. Especial referencia a las entrevistas en las investigaciones internas". *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* 9, n.º 2 (2023): 689-722.
- Vicente Andrés, Raquel. *La protección del informante en el marco del compliance. De la Directiva 2019/1973 a su transposición interna mediante la Ley 2/2023, de 23 de febrero*. Madrid: Sepin, 2023.
- Villegas García, María Ángeles y Miguel Ángel Encinar del Pozo. *Lucha contra la corrupción, compliance e investigaciones internas*. Pamplona: Aranzadi, 2020.
- . "Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley de protección del informante". *Diario LA LEY*, n.º 10187 (2022).
- Villoria, Manuel. "Instituciones que fomenten la integridad empresarial, prevengan la corrupción y aporten infraestructura moral frente a las crisis sistémicas". En *Cómo salvar las democracias liberales*. España: Círculo de Empresarios, 2020.
- Zegrí de Olivar, Emilio. "La futura Autoridad Independiente de Protección del Informante y su reflejo en el derecho comparado". *LA LEY Compliance Penal*, n.º 11 (2022).



Algunas reflexiones sobre el delito de

# LAVADO DE ACTIVOS EN ECUADOR

Juan Carlos Ferré Olivé<sup>1</sup>

## 1. Aproximación

La República del Ecuador persigue, como se hace de una forma más o menos homogénea en todo el mundo, el delito de lavado de activos. Esta situación no es fruto de la casualidad, sino de la existencia del primer delito genuinamente universal o global, que no nace *desde dentro* como todos los delitos, sino que se impone *desde fuera*. El origen mundial de la criminalización del lavado de activos proviene de una ley norteamericana, *The Money Laundering Control Act* (MLCA) de 1986, que hizo de este un delito federal<sup>2</sup>. La Organización de Naciones Unidas contribuyó decididamente a su universalización, a través de tres Convenciones únicas y muy influyentes: la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas suscrita el 20 de diciembre de 1988 en Viena, la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional o Convención de Palermo, suscrita el 15 de diciembre de 2000, y la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, o Convención de Mérida, de 31 de octubre de 2003. Este marco jurídico no fue suficiente, porque faltaba el empuje del poder económico. Así, han sido otros organismos internacionales, fundamentalmente la Unión Europea y el GAFI/FATF (Grupo de Acción Financiera Internacional/ Financial Action Task Force) los que, a través de distintas Directivas y el mecanismo de "Recomendaciones" destinadas a prevenir y sancionar el lavado de activos y la financiación del terrorismo, han ido construyendo un modelo preventivo y represivo que se ha impuesto en todo el mundo. Como acertadamente señala F. D'Albora: el GAFI conforma "una de las mayores concentraciones de poder real sobre el planeta"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Huelva, España.

<sup>2</sup> Jimmy 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?", *Criminal Law Rev.*, n.º 823 (1995): 823 y ss.

<sup>3</sup> Francisco J. D'Albora, "Lavado de dinero y evasión tributaria", en *Elementos del procedimiento tributario y penal tributario* (Buenos Aires: La Ley, 2018), 83.

Las recomendaciones del GAFI –y también las de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)– entrañan lo que ya se conoce como *soft law*<sup>4</sup>, criterios que surgen de organismos o instituciones internacionales que no son competentes para generar reformas legislativas, que ni siquiera son vinculantes<sup>5</sup>, pero cuentan con un indubitado peso específico internacional que las hace fácticamente obligatorias para muchos Estados, esencialmente cuando se trata de temas que entran en el espacio de lo económico, de la libre competencia y de la financiación internacional (lavado de activos, responsabilidad penal de las personas jurídicas, *compliance* penal, lucha contra la corrupción y el terrorismo, etc.).

## 2. El mecanismo de prevención

Los mecanismos de prevención suponen la primera *línea de defensa* contra el lavado de activos y son, por pura lógica, imprescindibles. A ellos se refiere la profusa regulación administrativa, que percibe sin duda alguna al sector bancario y financiero como el generador de los mayores riesgos, sin ser lógicamente el único. Se pueden describir infinitas maniobras tendentes a legalizar dinero de origen penalmente ilícito a través del sistema financiero, lo que abarca otros mercados próximos como el de tarjetas de crédito, compraventa de oro, piedras preciosas, etc. Las actividades de riesgo tienden al infinito (inmobiliarias, seguros, comercio electrónico, casas de cambio, casinos, compraventa de vehículos, Hawalas, etc.)<sup>6</sup>.

La prevención ha sido impulsada en el plano internacional fundamentalmente por el GAFI, que se ha dirigido a estructurar medidas para prevenir conjuntamente el lavado de activos y la financiación del terrorismo, lo que se conoce como *estándares internacionales*. El proceso de gestación de sus recomendaciones comenzó focalizado en el lavado de activos en su versión original (año 1990), incorporando nuevas recomendaciones especiales para prevenir la financiación del terrorismo (año 2001), unificando todas ellas en una reestructuración completa llevada a cabo en el año 2012, que se actualiza periódicamente (por última vez en 2022). La Unión Europea a través de sus Directivas también ha procurado la prevención conjunta del lavado de activos y de la financiación del terrorismo, lo que también se ha trasladado por el mundo.

En el Ecuador, los aspectos preventivos se desarrollan en la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, norma jurídica que "será aplicable a todas las actividades económicas susceptibles de ser utilizadas para el lavado de activos y el financiamiento de otros delitos"<sup>7</sup>. Su finalidad: prevenir, detectar y erradicar estos delitos. Sus objetivos: la detección de bienes contaminados por provenir de un delito anterior, de las personas y empresas que intervienen en estos hechos, la imposición de sanciones y la recuperación de activos.

Estos mecanismos de prevención, que se han desarrollado universalmente al hilo de las recomendaciones y disposiciones del GAFI, presentan una característica única: la incorporación de particulares ajenos a la función pública en estas complejas tareas investigadoras y

precautorias<sup>8</sup>. Las cargas impuestas al sector privado son enormes. Buena parte de estos sujetos están obligados –como primera tarea– a autoevaluar sus propios riesgos de lavado de activos, una exploración integral de su potencialidad de tolerancia o permisión de estas conductas ilícitas<sup>9</sup>. Fundamentalmente, se dirige a las instituciones del sistema financiero y de seguros, para que cumplan las obligaciones que se imponen (identificación de clientes, control de cuentas, transacciones económicas, transacciones electrónicas, etc.). Es fundamental la realización de reportes a la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE), fundamentalmente operaciones inusuales o no justificadas, o que superen determinadas cuantías<sup>10</sup>. Pero este mecanismo de investigación y sanción administrativo no se limita a las entidades del mundo financiero y de los seguros, ya que existe un gran catálogo de sujetos obligados. El listado es variopinto, porque se dirige tanto a bolsas, casas de valores, fideicomisos, personas que comercializan vehículos, embarcaciones, naves y aeronaves, transporte de dinero, empresas inmobiliarias, notarios, clubes de fútbol, partidos políticos, etc. Se establece también la obligación de denunciar a cualquier ciudadano que pueda conocer actividades inusuales, injustificadas o sospechosas<sup>11</sup>.

El mecanismo de prevención desarrollado a través de las normas internacionales y nacionales ya mencionadas se estructura con la finalidad de evitar el lavado de activos, pero le resulta indiferente el resultado efectivo de dicho lavado, es decir, si este se materializa o no lo hace. Es prevención pura, que se integra en un sistema sancionador administrativo para todo aquel que incumpla sus reglas, pero de cara al bien jurídico es mero peligro abstracto, ya que no existe sanción alguna de naturaleza administrativa para hechos delictivos consumados, que quedan en el ámbito específico y autónomo del Derecho penal. Esta regulación no impide que la frontera entre la infracción administrativa y el delito resulte en ocasiones –muy borrosa. Como sostiene K. Sullivan, un programa antilavado de calidad (*Quality AML Program*) se estructura en torno a tres objetivos: a) prevenir el lavado de activos y la financiación del terrorismo, b) informar de actividades sospechosas<sup>12</sup> y c) formar a todo el personal en los procedimientos internos y exigidos por la ley<sup>13</sup>.

Sin embargo, este mecanismo de eficacia práctica dudosa<sup>14</sup> ha generado conflictos con la privacidad de los clientes (*customer privacy is not always guaranteed*), por lo que se reclaman doctrinalmente mayores garantías para la privacidad de los ciudadanos en materias financieras<sup>15</sup>. Como reflexiona M. Bergström para Europa, no existe una línea divisoria clara entre el derecho administrativo sancionador y el penal en esta materia, fundamentalmente porque las leyes de la Unión Europea y las leyes nacionales están entrelazadas e interrelacionadas, lo que puede afectar a las garantías procesales y a la protección de los derechos fundamentales (*ne bis in idem*,

<sup>8</sup> Isabel Morón Pendás, "La exposición a la corrupción como factor de riesgo en el sistema de prevención del blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo", en *VIIIº Congreso Internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2022), 347 y ss.

<sup>9</sup> Isabel Morón Pendás, "El tipo agravado del delito de blanqueo de dinero y los sujetos obligados de la ley 10/2010 de 28 de abril", en *Reformas penales y Estado de Derecho* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2024), 439 y ss.

<sup>10</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos*, art. 4.

<sup>11</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos*, art. 7.

<sup>12</sup> Como señala Kevin Sullivan, hace ya algunos años y solamente en New York se redactaban aproximadamente 4.000 informes mensuales de actividades sospechosas (*Suspicious Activity Reports: SARs*). Numerosas actividades de este tipo generan "banderas rojas" de alarma. Kevin Sullivan, *Anti-Money Laundering in a Nutshell: Awareness and Compliance for Financial Personnel and Business Managers*, 159 y ss.

<sup>13</sup> Kevin Sullivan, destaca este autor que los cuatro pilares del AML compliance se encuentran descritos en la sección 352 de la USA Patriot Act: Políticas y procedimientos internos, el nombramiento del Compliance Officer, la función de auditoría externa y la formación de los trabajadores. Kevin Sullivan, *Anti-Money Laundering in a Nutshell: Awareness and Compliance for Financial Personnel and Business Managers*, 52.

<sup>14</sup> Terence Halliday, Michael Levi y Peter Reuter, "Anti-Money Laundering: An Inquiry into Disciplinary Transnational Legal Order", *UC Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law*, n.º 4 (2019): 1-25, 9 y ss.

<sup>15</sup> Maria A. De Dios, "The Sixth Pillar of Anti-Money Laundering Compliance: Balancing Effective Enforcement with Financial Privacy", *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law* 10, n.º 2 (2016): 495 y ss.

<sup>4</sup> Cfr. Esther Lopez Barrero, "Lucha contra el blanqueo de capitales: perspectiva desde la normativa internacional", en *El blanqueo de capitales y su relación con la cibercriminalidad* (Navarra: Aranzadi, 2019), 93 y ss. En un interesante estudio, Virgilio Rodríguez Vázquez considera que la verdadera crisis del Estado de Derecho contemporáneo tiene que ver con el abandono del monopolio normativo. Virgilio Rodríguez Vázquez, "Democracia, sistemas de control y Derecho penal", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (2020): 5.

<sup>5</sup> Ejike Ekwueme, "Dampening corruption and money laundering: emissions from soft laws", *Journal of Money Laundering Control* 24, n.º 4 (2021): 849.

<sup>6</sup> Kevin Sullivan, quien describe distintos métodos comprobados en los Estados Unidos: *structuring, bulk cash smuggling, money service business, wire transfers, automatic teller machines*, etc. Kevin Sullivan, *Anti-Money Laundering in a Nutshell: Awareness and Compliance for Financial Personnel and Business Managers* (New York: Apress, 2015), 16 y ss.

<sup>7</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos*, Registro Oficial 802, Suplemento, 21 de julio de 2016, art. 2.

privacidad de datos personales y financieros, proporcionalidad, etc.)<sup>16</sup>.

Las normas que regulan estas materias en los planos internacionales y nacionales se dirigen en primer término al mundo financiero, sobre el que pesan cargas regulatorias e incrementos de costes que, sin duda, terminan recayendo en los propios clientes<sup>17</sup>. Se extreman las vías de control de bancos y entidades que administran todo tipo de fondos. Sin embargo, como destaca Ch. Parajon Skinner, "los bancos siguen siendo vulnerables al (o cómplices del) lavado de activos"<sup>18</sup>.

Cobran particular importancia en la prevención del lavado de activos los deberes de colaboración que la legislación administrativa genera para múltiples sujetos, que son colocados así en la centro de todas las sospechas. Las sanciones previstas por distintos incumplimientos pueden tener naturaleza administrativa<sup>19</sup> o incluso penal, si el comportamiento de alguno de estos sujetos se ajustara a lo que prohíben u ordenan los arts. 317 a 319 del Código Orgánico Integral Penal.

### 3. Las personas políticamente expuestas (PEPs) y las sospechas de corrupción

Como destaca Morón Pendás, la coincidencia temporal de las "Recomendaciones" del GAFI de 2003 y la aprobación de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción o Convención de Mérida del mismo año contribuyó a la creación del concepto de *personas políticamente expuestas* o PEPs, del que derivan medidas reforzadas de diligencia respecto a estas personas. De esta forma, se amplía la lucha contra la corrupción por la vía del lavado de activos, lo que no se aplica a otros factores de riesgo internacionalmente reconocidos, ni presenta una justificación clara<sup>20</sup>. El GAFI incorpora a estos sujetos en su 12ª Recomendación<sup>21</sup> y en Ecuador aparecen enumerados en la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos a partir del artículo agregado por el artículo 2 de la Ley publicada en el Registro Oficial Suplemento 282 de 3 de abril de 2023:

1. Los jueces del sistema judicial; y fiscales;
2. El personal que forme parte de la cúpula militar y policial en servicio activo y pasivo;
3. Directores de los centros de rehabilitación social y guías con rango de jefaturas;
4. Los gerentes y directores de las aduanas, aeropuertos y puertos públicos y privados;
- y, 5. Asambleístas.<sup>22</sup>

Estos sujetos deberán reportar sus propias operaciones nacionales e internacionales por importe igual o superior a diez mil dólares de los Estados Unidos de América.

<sup>16</sup> Maria Bergström, "The Many Uses of Anti-Money Laundering Regulation - Over Time and into the Future", *German Law Journal* 19, n.º 5 (2018): 1167.

<sup>17</sup> Duncan E. Alford, "Anti-Money Laundering Regulations: A Burden on Financial Institutions", *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 19, n.º 3 (1994): 437.

<sup>18</sup> Christina Parajon Skinner, "Executive liability for anti-money-laundering controls", *Columbia Law Review Online*, n.º 116 (2016): 3.

<sup>19</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos*, art. 17.

<sup>20</sup> Isabel Morón Pendás, quien destaca que en el ámbito de la Unión Europea se llama a estos mismos sujetos "*personas del medio político*", y en España "*personas con responsabilidad pública*", lo que parece diluir los efectos negativos de esta caracterización de algunos políticos. Isabel Morón Pendás, "La exposición a la corrupción como factor de riesgo en el sistema de prevención del blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo", 349 y ss.

<sup>21</sup> Véase, por ejemplo, que se aclara en la nota interpretativa que las instituciones financieras deben tomar medidas razonables para determinar si el beneficiario de la póliza de un seguro de vida es una PEP.

<sup>22</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos*, art. 2.

### 4. Las sanciones administrativas

El principal referente internacional en el ámbito sancionador administrativo es, sin duda alguna, el profesor Alejandro Nieto García. Acierta este gran maestro cuando afirma que en España se estaba ante una *terra incognita* en esta materia específicamente sancionadora, pues su espacio resultaba absorbido –prácticamente en todo el mundo– por el Derecho penal, por lo que aplaude –y aplaudimos todos– el haber logrado la ruptura de lo que llama un dique dogmático. Sin embargo, sus planteamientos ensombrecen cuando añade textualmente que esta nueva rama jurídica "se ha liberado casi por completo de la sombra esterilizante de las rigurosas garantías constitucionales y penales"<sup>23</sup>. El sistema de infracciones y sanciones administrativas en un Estado de Derecho no es viable sin garantías<sup>24</sup>. Es un mecanismo sancionador –de castigo– impuesto por la Administración –o sus agentes delegados, si fueran competentes– que debe integrarse en buena medida con las garantías penales, adaptadas, eso sí, a la realidad administrativa<sup>25</sup>. Así lo defiende la doctrina administrativista mayoritaria<sup>26</sup>. Ahora bien, las sanciones administrativas que se prevén en el contexto de la prevención del lavado de activos no tienen carácter retributivo, sino preventivo, por lo que encuadrarían entre las medidas que evitan la materialización de un riesgo y que se adoptan para evitar su reiteración<sup>27</sup>. Las sanciones administrativas en la Ley que aquí se analiza se encuentran en su Título Tercero. Dice el art. 17 que

[l]a persona natural o jurídica privada que entregare tardíamente el reporte de operaciones y transacciones que igualen o superen el umbral previsto en esta ley, será sancionada con una multa de uno a diez salarios básicos unificados. En caso de incumplimiento de la obligación de reporte, la sanción será de diez a veinte salarios básicos unificados.<sup>28</sup>

Y añade el art. 18 que

[l]os sujetos obligados a proporcionar a la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE) información distinta al reporte de operaciones y transacciones superiores a diez mil dólares de los Estados Unidos de América y que no lo realicen en el término de cinco días, serán sancionados con multa de veintiuno a treinta salarios básicos unificados. La sanción no exime del cumplimiento de la obligación.<sup>29</sup>

<sup>23</sup> Alejandro Nieto García, siendo llamativo su rechazo a los "*escrúpulos de la tipicidad*". Alejandro Nieto García, "El arcano de la discrecionalidad", en *Anuario de Derecho Administrativo sancionador* (Cizur Menor: Ed Civitas, 2021), 27 y ss.

<sup>24</sup> Sobre las garantías penales y su influencia en el Derecho administrativo sancionador, muy ampliamente, Manuel Gómez Tomillo e Íñigo Sanz Rubiales, *Derecho Administrativo sancionador: Parte General* (Cizur Menor: Ed Aranzadi, 2017).

<sup>25</sup> Manuel Izquierdo- Carrasco, quien se pregunta si pueden trasladarse los criterios que resultan del principio de proporcionalidad de la pena de multa vigentes en materia penal a la multa administrativa aplicable a las empresas. Concluye que no puede acudirse al criterio de situación económica del infractor (que distorsionaría el mercado), pero podrían fundamentarse otras limitaciones como la magnitud de la cifra o el volumen de negocios. Manuel Izquierdo- Carrasco, "¿Tienen que adaptarse las multas a empresas a su situación económica?", en *Anuario de Derecho Administrativo sancionador* (Cizur Menor: Ed Civitas, 2021), 141 y ss.

<sup>26</sup> Manuel Rebollo Puig, "Definición y delimitación de las sanciones administrativas", *Anuario de Derecho Administrativo sancionador* (Cizur Menor: Civitas, 2021), 44. Sin embargo, no puede definirse como hace este autor a la sanción administrativa como la "pena" que impone la administración, porque abriría un importante espacio de confusión entre los ciudadanos destinatarios de las normas. La sanción administrativa puede ser en ocasiones más grave que la pena en sentido estricto, puede asemejarse materialmente a una pena, pero *no es una pena*.

<sup>27</sup> Manuel Rebollo Puig, considera que las sanciones administrativas requieren indefectiblemente la retribución y, por lo tanto, las medidas preventivas no tendrían carácter sancionador, aunque existiría cierta semejanza. Considero sin embargo que la sanción administrativa puede perseguir finalidades preventivas, como lo hace como fin principal y único la pena en sentido estricto. Manuel Rebollo Puig, "Definición y delimitación de las sanciones administrativas", 74.

<sup>28</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos*, art. 17.

<sup>29</sup> Ecuador, *Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos*, art. 18.

## 5. La inteligencia financiera en Ecuador

Fruto del cumplimiento de las disposiciones originadas en el GAFI (Recomendación 29: "Los países deben establecer una unidad de inteligencia financiera (UIF) que sirva como centro nacional para la recepción y análisis de: (a) los informes sobre operaciones sospechosas y (b) otra información relevante para el blanqueo de capitales, delitos asociados y la financiación del terrorismo y la difusión de los resultados de ese análisis" <sup>30</sup>) se han ido creando organismos o instancias que se dedican fundamentalmente al manejo de la información relativa al lavado de activos y a la financiación de otros delitos. Se trata de centros nacionales que reciben y reportan datos sobre lavado de activos, fundamentalmente de naturaleza financiera, tarea que en Ecuador se ha asignado a la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFFE). Actuando como UIF (Unidad de inteligencia financiera), se ocupa de recibir o recabar información sobre operaciones sospechosas, las analiza y remite la información procesada a las autoridades policiales o judiciales correspondientes para que adopten las medidas adecuadas. La mayor fuente de información proviene de entidades financieras y bancarias, pero también de notarios, registradores y abogados, directamente o a través de las Unidades Complementarias (art. 16 de la Ley Orgánica de prevención, detección y erradicación del delito de lavado de activos y del financiamiento de delitos).

## 6. Las responsabilidades penales

En el Ecuador el delito de lavado de activos está previsto en los arts. 317 a 319 del Código Orgánico Integral Penal. La técnica legislativa empleada es demasiado casuística y a mi entender no muy acertada como para sancionar con eficacia las modalidades más relevantes del lavado de activos. El artículo 317 COIP describe la modalidad básica, pero ya lo hace de una forma demasiado amplia al dirigirse a todas las "personas que en forma directa o indirecta" realicen alguna de las conductas enumeradas en los siete apartados siguientes. Sancionar la realización indirecta de los comportamientos descritos dota al texto legal de una inusitada amplitud, lesiona el principio de taxatividad como subprincipio básico del de legalidad penal. En otras palabras, es un texto desafortunado que promueve la analogía en contra del reo, por lo que exige un esfuerzo interpretativo limitador. Esta amplitud se reitera en el número 1 del artículo 317 CP cuando sanciona a aquel que "se beneficie de cualquier manera, de activos de origen ilícito".

El ya mencionado art. 317 COIP canaliza las conductas prohibidas a través de un infinito número de comportamientos: "Tenga, adquiera, transfiera, posea, administre, utilice, mantenga, resguarde, entregue, convierta [...]" para rematar con que "se beneficie de cualquier manera, de activos de origen ilícito". ¿Ha quedado algún supuesto sin contemplar? ¿Podrá alguien identificar otro ejemplo de beneficio no enumerado en el precepto? El legislador ecuatoriano ha querido la perfección, pero la casuística ha estado siempre reñida con la perfección. Siempre quedan espacios sin abarcar, por lo que la mejor técnica legislativa en materia penal recomienda fórmulas abstractas y no tan ejemplificativas.

Esta modalidad básica se estructura en torno a conductas que no requieren el resultado de lavar de manera efectiva los activos de origen ilícito, sino solo poseerlos, tenerlos, utilizarlos, transportarlos. Se advierte sin dificultad que se trata de conductas neutras, que los sujetos realizan a diario con objetos que les rodean. Por lo tanto, para pasar de lo permitido a lo prohibido deben añadirse otros requisitos objetivos y subjetivos. Se están sancionando delitos de peligro. Desde esta perspectiva es imprescindible:

a) Que la conducta cree un *riesgo* jurídicamente desaprobado, que la acción sea en sí misma peligrosa.

b) Que el sujeto *conozca* el origen penalmente ilícito de los bienes (dolo).  
c) Que el sujeto *conozca y quiera* los actos concretos de lavado que está realizando (dolo).  
d) Incluso que el sujeto actúe con la *finalidad* de lavar esos bienes.

Las conductas de entrega, conversión y transferencia suponen las más relevantes y riesgosas para el bien jurídico tutelado por este delito de lavado de activos.

El número 2 de este mismo artículo 317 COIP abandona el delito de peligro para exigir resultados: que el sujeto "oculte, disimule o impida, la determinación real de la naturaleza, origen, procedencia o vinculación de activos de origen ilícito". Obviamente deben darse los requisitos objetivos y subjetivos antes enunciados, en cuyo caso esta modalidad encontrará una justificación más concluyente para poder dar cabida a responsabilidades penales.

El siguiente número hace referencia al préstamo de nombre para la comisión de un delito de lavado de activos. Una conducta de esta naturaleza es propia de la participación delictiva y no de un delito imputable a título de autoría. El mismo cuestionamiento puede formularse al número 4, que sanciona a aquel que "Organice, gestione, asesore participe o financie la comisión de los delitos tipificados en este artículo".

Sanciona el número 5 a la persona que "Realice, por sí mismo o por medio de terceros, operaciones y transacciones financieras o económicas, con el objetivo de dar apariencia de licitud a actividades de lavado de activos". Es otro supuesto ejemplificativo, que ya encuentran amparo en las conductas de entrega, conversión o transferencia previstas en el número 1. Igual crítica merece el número 6 al describir este delito cuando el sujeto "Ingrese o egrese dinero de procedencia ilícita por los pasos y puentes del país".

El último supuesto, integrado en el número 7, hace referencia a aquel que "Declare valores de mercancías superiores a los reales, con el objetivo de dar apariencia de licitud a actividades de lavado de activos".

A continuación, este mismo artículo 317 COIP enuncia la pertinente operatividad de las reglas del concurso de delitos, incluso cuando los bienes provengan de conductas delictivas materializadas en el extranjero, diciendo que "Estos delitos son considerados como autónomos de otros cometidos dentro o fuera del país, sin perjuicio de los casos en que tenga lugar la acumulación de acciones o penas". Parece obvio el corolario que contempla la última frase del listado de conductas punibles, en la que se establece que "Esto no exime a la Fiscalía de su obligación de investigar el origen ilícito de los activos objeto del delito".

En orden a las penas, se establecen de un modo escalonado y detallado, lo que puede considerarse positivo porque a menor valor de los bienes corresponderá menor pena, aunque en su conjunto las penas de prisión pueden llegar a ser muy elevadas. Sin embargo, como se verá, el texto legal genera muchas dudas y es, por lo tanto, objeto de crítica.

La modalidad básica se aplica cuando el monto de los activos es inferior a cien salarios básicos. Corresponderá privación de libertad de *uno a tres años* (número 1 de la segunda parte del artículo 317 COIP). A esto se añade "una multa equivalente al triple del monto de los activos objeto del delito, comiso de conformidad con lo previsto en este Código, disolución y liquidación de la persona jurídica creada para la comisión del delito"<sup>31</sup>.

La primera modalidad agravada resulta del número 2 de la segunda parte del artículo 317 COIP que dice: "2. Con pena privativa de libertad de cinco a siete años cuando la comisión del delito no presuponga la asociación para delinquir". La técnica legislativa es desconcertante, porque

<sup>30</sup> Grupo de Acción Financiera Internacional, "Recomendación 29", en *40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional* (GAFI) (Paris: Grupo de Acción Financiera Internacional, 2003), <https://www.cfatf-gafic.org/index.php/es/documentos/gafi40-recomendaciones/435-fatf-recomendacion-29-unidades-de-inteligencia-financiera>.

<sup>31</sup> Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 317, numeral 3, literal c, inciso segundo.

si efectivamente quiere decir lo que parece, esta reducción de pena respecto a la prevista a continuación (siete a diez años) por no darse uno de sus presupuestos (asociación para delinquir) debería fijarse después de enunciarlos. ¡La casa no puede comenzar a construirse por el tejado! En síntesis, la primera modalidad agravada será de aplicación a los supuestos de lavado de activos "Cuando el monto de los activos objeto del delito sea igual o superior a cien salarios básicos unificados del trabajador en general"<sup>32</sup>, o "Cuando el delito sea cometido utilizando instituciones del sistema financiero o de seguros; instituciones públicas o dignidades; o, en el desempeño de cargos directivos, funciones o empleos en dichos sistemas"<sup>33</sup>. También se añade "una multa equivalente al triple del monto de los activos objeto del delito, comiso de conformidad con lo previsto en este Código, disolución y liquidación de la persona jurídica creada para la comisión del delito"<sup>34</sup>.

La segunda modalidad agravada también resulta del número 2 de la segunda parte del artículo 317 COIP que dice:

Con pena privativa de libertad de siete a diez años, en los siguientes casos:

- a) Cuando el monto de los activos objeto del delito sea igual o superior a cien salarios básicos unificados del trabajador en general.
- b) Si la comisión del delito presuponga la asociación para delinquir, sin servirse de la constitución de sociedades o empresas, o de la utilización de las que se encuentren legalmente constituidas.
- c) Cuando el delito sea cometido utilizando instituciones del sistema financiero o de seguros; instituciones públicas o dignidades; o, en el desempeño de cargos directivos, funciones o empleos en dichos sistemas.<sup>35</sup>

También se añade "una multa equivalente al triple del monto de los activos objeto del delito, comiso de conformidad con lo previsto en este Código, disolución y liquidación de la persona jurídica creada para la comisión del delito"<sup>36</sup>.

La tercera y última modalidad agravada resulta del número 3 de la tercera parte del artículo 317 COIP que dice:

- Con pena privativa de libertad de diez a trece años, en los siguientes casos:
- a) Cuando el monto de los activos objeto del delito supere los doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general.
  - b) Cuando la comisión del delito presupone la asociación para delinquir a través de la constitución de sociedades o empresas, o de la utilización de las que se encuentren legalmente constituidas.
  - c) Cuando el delito ha sido cometido utilizando instituciones públicas, o dignidades, cargos o empleos públicos.<sup>37</sup>

También se añade "una multa equivalente al triple del monto de los activos objeto del delito, comiso de conformidad con lo previsto en este Código, disolución y liquidación de la persona jurídica creada para la comisión del delito"<sup>38</sup>.

Este artículo 317 COIP aclara otras cuestiones relevantes:

a) Establece que "[l]as mismas penas se aplicarán cuando las conductas descritas en este artículo se realicen sobre bienes cuya extinción de dominio haya sido declarada". No advierto con claridad el nexo entre bienes procedentes de un delito previo (bienes contaminados) y bienes con declaración de extinción de dominio, que llaman a ejecutar la extinción de dominio sin más y no a convertirlos en objeto de un nuevo delito de lavado de activos. Tal vez la realidad criminológica

<sup>32</sup> Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 317, numeral 1.

<sup>33</sup> Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 317, numeral c.

<sup>34</sup> Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 317, numeral 3, literal c, inciso segundo.

<sup>35</sup> Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 317, numeral 2.

<sup>36</sup> Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 317, numeral 3, literal c, inciso segundo.

<sup>37</sup> Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 317, numeral 3.

<sup>38</sup> Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 317, numeral 3, literal c, inciso segundo.

permita explicar las situaciones que se quieren abarcar con esta extraña disposición legal.

b) Con relación a la extraterritorialidad, dispone el mencionado artículo del COIP que "[e]l lavado de activos será punible aun cuando las actividades de que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores, se hubiesen realizado, total o parcialmente, en el extranjero, según las reglas del artículo 14 de este Código"<sup>39</sup>. Solución que coincide con la propuesta por GAFI y demás instancias internacionales que se ocupan del lavado de activos.

c) Se establece por último una regla penológica, diciendo que: "[e]l máximo de las penas privativas de libertad previstas en el presente artículo se impondrá cuando para la realización de las conductas se efectuaren operaciones de cambio o de comercio exterior, o se introdujeran mercancías al territorio nacional"<sup>40</sup>. Esta disposición parece llevar a la pena máxima, sin margen de decisión para los jueces, cuando los bienes corruptos posean un carácter internacional.

Párrafo aparte merece la conducta que se criminaliza a través del art. 318 COIP. Sanciona dicho artículo como "Incrimación falsa por lavado de activos" a

la persona que realice acciones tendientes a incriminar falsamente a una o más personas en la comisión del delito de lavado de activos, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. Se aplicará el máximo de la pena si los actos señalados en el inciso anterior son cometidos por una o un servidor público.<sup>41</sup>

Se trata de un delito de acusación falsa, que no tutela el mismo bien jurídico que el lavado de activos. Al contrario, no tiene el más ligero punto de contacto con el orden económico, afectando eso sí a la Administración de Justicia.

Establece, por último, el art. 319 COIP una especial modalidad de delito de omisión pura o propia, dirigida a los sujetos obligados por la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos. Dice dicho artículo que

[l]a persona que, siendo trabajadora de un sujeto obligado a reportar a la entidad competente y estando encargada de funciones de prevención, detección y control de lavado de activos, omita el cumplimiento de sus obligaciones de control previstas por la Ley, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año.<sup>42</sup>

<sup>39</sup> Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 317, numeral 3, literal c, inciso cuarto.

<sup>40</sup> Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 317, numeral 3, literal c, inciso quinto.

<sup>41</sup> Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 318.

<sup>42</sup> Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 319.

## 7. El lavado de activos en el mundo: algunos ejemplos de un delito globalizado

Estamos viviendo un proceso de *homogeneización internacional* de los delitos de lavado de activos y financiación del terrorismo (*Money Laundering & Terrorist Financing*)<sup>43</sup>, como fruto de la intensa influencia del GAFI, la Unión Europea y otras instancias internacionales en la criminalización de estas conductas. De esta forma, los tipos son cada vez más similares, las conductas punibles cada vez más amplias y numerosas, apareciendo regulaciones legales cada vez más uniformes. En el espacio europeo son cada vez más frecuentes las similitudes entre el blanqueo de dinero español con el *riciclaggio* italiano<sup>44</sup>, el *branqueamento* portugués, el *blanchiment* francés y la *Geldwäsche* alemana<sup>45</sup>, entre otros.

Seguramente el mayor poder real del GAFI se localiza en su Recomendación 19<sup>a</sup>, en cuanto prevé que "Las instituciones financieras deben estar obligadas a aplicar medidas de diligencia debida respecto de las relaciones comerciales y operaciones con personas físicas y jurídicas e instituciones financieras de los países que se señalen por el GAFI"<sup>46</sup>. En otras palabras, existe una lista negra de países o territorios "señalados" que, ante el temor de convertirse en *mendigos financieros* al ser denostados por el GAFI, deben cumplir a rajatabla sus mandatos si pretenden ascender a una alcurnia económica superior. Los señalados verán limitadas sus operaciones comerciales internacionales, las inversiones extranjeras, el establecimiento

43 En Canadá, Criminal Code, RSC 1985, c C-46, s 462.31, Norm Keith, "Anti-money laundering: comparative review of legislative development", *Business Law International* 19, n.º 3 (2018): 249 y ss.

44 Sobre la regulación italiana, Alessandro Melchionda, "La regulación italiana del blanqueo de capitales. Perfiles generales y propuestas de reforma", *Revista Penal*, n.º 51 (2023), 191 y ss. Italia fue uno de los primeros países europeos en adoptar esta figura delictiva en su Código Penal. El *riciclaggio* fue incluido en el año 1978 en el art. 648 bis CP.

45 Alemania, *Código Penal (Strafgesetzbuch)*, Diario Oficial, 15 de mayo de 1871, § 261.

46 Grupo de Acción Financiera Internacional, "Recomendación 19", en *40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)* (París: Grupo de Acción Financiera Internacional, 2003), <https://www.fatf-gafr.org/es/documentos/gafi40-recomendaciones/425-fatf-recomendacion-19-paises-de-mayor-riesgo>.

de entidades financieras en su territorio, la internacionalización de las suyas propias, etc. La Unión Europea<sup>47</sup>, por su parte, prevé en el art. 9.1 de la Directiva (UE) 2015/849 (conocida como Cuarta Directiva) que

Se determinará qué terceros países tienen, en sus sistemas nacionales de lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, deficiencias estratégicas que planteen amenazas importantes para el sistema financiero de la Unión («terceros países de alto riesgo»), a fin de proteger el correcto funcionamiento del mercado interior.<sup>48</sup>

Allí son incluidos muchas naciones o territorios como Afganistán, Irán, Gibraltar, Marruecos, Panamá, etc.

Como muestra de una labor coordinada, la normativa española también *señala* a determinados países de riesgo (Egipto, Nigeria, Irán, Guatemala, etc.) lo que supone la obligatoria comunicación al SEPBLAC (Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias) de determinadas operaciones con personas o entidades provenientes de dichos países. También se *señala* a antiguos paraísos fiscales, que ahora se denominan "jurisdicciones no cooperativas", a través de la Orden del Ministerio de Hacienda y Función Pública HFP/115/2023. Se trata de 24 países o territorios, como Bermudas, Gibraltar, Samoa, Islas de Man, Caimán, Malvinas, Marianas, Vírgenes, etc.

Más allá de los listados que incorporan a los incumplidores y a los países de riesgo, mi reflexión se dirige a los innumerables países que cumplen reformando a regañadientes sus normas internas para adaptarse al *dictado* – *dictadura* de las reglas del GAFI. Muchos países se adhieren a lo coherente y a lo incoherente, pues no les queda otra opción. Y aquí llegamos a la reflexión de R.W. Emerson: "Las coherencias tontas son la obsesión de las mentes ruines".

En América Latina el delito de blanqueo de dinero, bajo sus diferentes denominaciones (lavado de dinero en Argentina y Paraguay,

47 Miguel Abel Souto, "Blanqueo de dinero, responsabilidad criminal de las personas jurídicas y Directivas de 2018", en *La justicia penal del siglo XXI ante el desafío del blanqueo de dinero* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021).

48 Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva (UE) 2015/849*, 20 de mayo de 2015, art. 9.1.



legitimación de ganancias ilícitas en Bolivia, lavado de activos en Ecuador, Perú, Uruguay, República Dominicana, Colombia y Chile, operaciones con recursos de procedencia ilícita en México, lavagem de dinheiro en Brasil, lavado de dinero, bienes o activos en Nicaragua, legitimación de capitales en Venezuela, etc.), se ha convertido rápidamente en una de las infracciones penales más perseguidas. El Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT) creado en 2000 como GAFISUD y actualmente con sede en la República Argentina, es un organismo regional creado bajo la influencia del GAFI para combatir el lavado de dinero en su ámbito territorial de influencia. Se analiza con particular atención el lavado de activos en economías emergentes e informales<sup>49</sup>.

Se advierte en la región un constante endurecimiento de las penas, que serían poco aceptables en el contexto europeo por una apreciable falta de proporcionalidad. Así, el Código Penal de Bolivia prevé en su artículo 185 bis para el delito de legitimación de ganancias ilícitas penas de "privación de libertad de cinco (5) a diez (10) años, inhabilitación para el ejercicio de la función pública y/o cargos electos y multa de doscientos (200) a quinientos (500 días)". En Perú, el Decreto Legislativo 1106 de 18 de abril de 2012, modificado en 2016 por el Decreto Legislativo 1249, consagra una serie de tipos básicos dolosos a los que asocia penas de 8 a 15 años de prisión junto una pena de multa que puede ir de 120 a 350 días, y tipos agravados de lavado de activos cuyas penas pueden superar los 25 años de prisión, si el delito previo del que provienen los bienes fuera caracterizado como minería ilegal, tráfico de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas. Se prevé un delito de omisión pura o propia, si incumplándose las obligaciones funcionariales o profesionales se omite la comunicación de operaciones sospechosas a la Unidad de Inteligencia Financiera<sup>50</sup>. En Panamá, se prevén penas que van de 5 a 12 años de prisión (arts. 254 y 255 del Código Penal)<sup>51</sup>. En Colombia, el actualmente vigente art. 323 del Código Penal sanciona el lavado de activos con penas de "prisión de diez (10) a treinta (30) años y multa de mil (1.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes". En México<sup>52</sup>, el conocido como delito de "operaciones con recursos de procedencia ilícita" previsto en el art. 400 bis CP destaca por sus penas draconianas, que van de cinco a quince años de prisión y de mil a cinco mil días de multa, penas que incluso pueden incrementarse en algunos supuestos<sup>53</sup>.

En Uruguay la Ley 19.704 de 2017 prevé para las conductas de conversión, transferencia, posesión o tenencia de bienes contaminados penas de 2 a 15 años de penitenciaría (arts. 30 y 31). Justamente, Uruguay es uno de los países que presenta mayores peculiaridades en esta materia. Ha funcionado históricamente como un paraíso fiscal basado en el secreto tributario y bancario, pero al mismo tiempo como un espacio de enorme seguridad jurídico-financiera, que atraía a muchos inversores de la región, fundamentalmente de Argentina. En 2017, a partir del dictado de la Ley 19.754 o Ley Integral de Lucha contra el Lavado de Activos, la *Suiza de América* ha modificado sustancialmente su marco normativo aplicando las Recomendaciones del GAFI y ejercitado, en definitiva, un control estricto sobre el lavado de activos<sup>54</sup>. Esto ha generado, según palabras de Galain Palermo, "una redefinición de cuestiones esenciales relacionadas con la identidad de la

República", ya que los capitales ya no se asientan en Uruguay, sino en Miami, el gran vencedor<sup>55</sup>. En la República Argentina<sup>56</sup> actualmente se debate en torno a un amplio proyecto de modificación de la legislación vigente en esta materia.

<sup>49</sup> Víctor Prado Saldarriaga, "Lavado de activos en países emergentes: delitos periféricos y especiales", en *Combate al lavado de activos desde el sistema judicial* (Washington: OEA, 2018), 226 y ss.

<sup>50</sup> Víctor Prado Saldarriaga, "Lavado de activos en países emergentes: delitos periféricos y especiales", 223.

<sup>51</sup> Es evidente el impacto que en la regulación penal del blanqueo de dinero en Panamá han generado el escándalo de los *Panamá Papers*, y la responsabilidad de los despachos de abogados que gestionaban las empresas *off shore* y sociedades blanqueadoras (fundamentalmente Mossack Fonseca). Fundamentalmente se trataba de la ocultación o no identificación de los propietarios de los bienes. Pablo Galain Palermo, "El delito de lavado de activos: ¿cómo y hasta dónde dirigir la política criminal internacional de lucha contra enemigos cuando se trata de los amigos?", *El derecho penal económico en su dimensión global* (Montevideo: Editorial B de f, 2020), 77 y ss.

<sup>52</sup> Manuel Vidaurri Aréchiga y Ilse Carolina Torres Ortega, "México", *Revista Penal*, n.º 28 (2011): 230 y ss.

<sup>53</sup> Humberto Ayala Herrera, "El lavado de dinero y la recuperación de activos en México", *Revista Penal México*, n.º 24 (2024): 25 y ss.

<sup>54</sup> Pablo Galain Palermo, "El delito de lavado de activos: ¿cómo y hasta dónde dirigir la política criminal internacional de lucha contra enemigos cuando se trata de los amigos?", 74 y ss.

<sup>55</sup> Pablo Galain Palermo. Explica este autor que Uruguay (un nuevo *infierno fiscal*) se ha embarcado en una "cruzada" contra el lavado de dinero sobre la base de modificar todo su sistema económico-financiero, que anteriormente le permitía la captación de dinero, no solo por el secreto bancario sino por la seguridad jurídica de las inversiones. Pablo Galain Palermo, "El delito de lavado de activos: ¿cómo y hasta dónde dirigir la política criminal internacional de lucha contra enemigos cuando se trata de los amigos?", 112.

<sup>56</sup> Luis Fernando Niño, "Argentina", *Revista Penal*, n.º 28 (2011): 212 y ss.

## Bibliografía

- Abel Souto, Miguel. "Blanqueo de dinero, responsabilidad criminal de las personas jurídicas y Directivas de 2018". En *La justicia penal del siglo XXI ante el desafío del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.
- Alemania. *Código Penal* (Strafgesetzbuch). Diario Oficial, 15 de mayo de 1871.
- Alford, Duncan E. "Anti- Money Laundering Regulations: A Burden on Financial Institutions". *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 19, n.º 3 (1994): 437-468.
- Ayala Herrera, Humberto. "El lavado de dinero y la recuperación de activos en México". *Revista Penal México*, n.º 24 (2024).
- Bergström, Maria. "The Many Uses of Anti-Money Laundering Regulation - Over Time and into the Future". *German Law Journal* 19, n.º 5 (2018): 1149-1168.
- D'Albora, Francisco J. "Lavado de dinero y evasión tributaria". En *Elementos del procedimiento tributario y penal tributario*. Buenos Aires: La Ley, 2018.
- De Dios, Maria A. "The Sixth Pillar of Anti-Money Laundering Compliance: Balancing Effective Enforcement with Financial Privacy". *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law* 10, n.º 2 (2016): 495-520.
- Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.
- . *Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos*. Registro Oficial 802, Suplemento, 21 de julio de 2016.
- Ekwueme, Ejike. "Dampening corruption and money laundering: emissions from soft laws". *Journal of Money Laundering Control* 24, n.º 4 (2021).
- Galain Palermo, Pablo. "Uruguay". *Revista Penal*, n.º 28 (2011).
- . "El delito de lavado de activos: ¿cómo y hasta dónde dirigir la política criminal internacional de lucha contra enemigos cuando se trata de los amigos?". *El derecho penal económico en su dimensión global*. Montevideo: Editorial B de f, 2020.
- Gómez Tomillo, Manuel e Íñigo Sanz Rubiales. *Derecho Administrativo sancionador: Parte General*. Cizur Menor: Ed Aranzadi, 2017.
- Grupo de Acción Financiera Internacional. "Recomendación 19". En *40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)*. Paris: Grupo de Acción Financiera Internacional, 2003. <https://www.cfatf-gafic.org/es/documentos/gafi40-recomendaciones/425-fatf-recomendacion-19-paises-de-mayor-riesgo>.
- . "Recomendación 29". En *40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)*. Paris: Grupo de Acción Financiera Internacional, 2003. <https://www.cfatf-gafic.org/index.php/es/documentos/gafi40-recomendaciones/435-fatf-recomendacion-29-unidades-de-inteligencia-financiera>.
- Gurule, Jimmy. "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?". *Criminal Law Rev.*, n.º 823 (1995).
- Halliday, Terence, Michael Levi y Peter Reuter. "Anti-Money Laundering: An Inquiry into Disciplinary Transnational Legal Order". *UC Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law*, n.º 4 (2019): 1-25.
- Izquierdo-Carrasco, Manuel. "¿Tienen que adaptarse las multas a empresas a su situación económica?". En *Anuario de Derecho Administrativo sancionador*. Cizur Menor: Ed Civitas, 2021.
- Keith, Norm. "Anti-money laundering: comparative review of legislative development". *Business Law International* 19, n.º 3 (2018): 245-276.
- Lopez Barrero, Esther. "Lucha contra el blanqueo de capitales: perspectiva desde la normativa internacional". En *El blanqueo de capitales y su relación con la cibercriminalidad*. Navarra: Aranzadi, 2019.
- Melchionda, Alessandro. "La regulación italiana del blanqueo de capitales. Perfiles generales y propuestas de reforma". *Revista Penal*, n.º 51 (2023).
- Morón Pendás, Isabel. "La exposición a la corrupción como factor de riesgo en el sistema de prevención del blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo". En *VIIIº Congreso Internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.
- . "El tipo agravado del delito de blanqueo de dinero y los sujetos obligados de la ley 10/2010 de 28 de abril". En *Reformas penales y Estado de Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2024.
- Nieto García, Alejandro. "El arcano de la discrecionalidad". En *Anuario de Derecho Administrativo sancionador*. Cizur Menor: Ed Civitas, 2021.
- Niño, Luis Fernando. "Argentina". *Revista Penal*, n.º 28 (2011).
- Parajon Skinner, Christina. "Executive liability for anti-money-laundering controls". *Columbia Law Review Online*, n.º 116 (2016): 1-17.
- Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. *Directiva (UE) 2015/849*. 20 de mayo de 2015.
- Prado Saldarriaga, Víctor. "Lavado de activos en países emergentes: delitos periféricos y especiales". En *Combate al lavado de activos desde el sistema judicial*. Washington: OEA, 2018.
- Rebollo Puig, Manuel. "Definición y delimitación de las sanciones administrativas". *Anuario de Derecho Administrativo sancionador*. Cizur Menor: Civitas, 2021.
- Rodríguez Vázquez, Virgilio. "Democracia, sistemas de control y Derecho penal". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (2020): 22-11.
- Sullivan, Kevin. *Anti-Money Laundering in a Nutshell: Awareness and Compliance for Financial Personnel and Business Managers*. New York: Apress, 2015.
- Vidaurri Aréchiga, Manuel y Ilse Carolina Torres Ortega. "México". *Revista Penal*, n.º 28 (2011).



# INTELIGENCIA ARTIFICIAL

**En la prevención y  
represión del blanqueo  
de dinero**

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Miguel Abel Souto<sup>2</sup>

**Resumen:** Las herramientas de la inteligencia artificial pueden revolucionar la lucha contra el blanqueo de dinero, pero es necesario mantener un equilibrio entre eficiencia y salvaguarda de los derechos fundamentales.

**Palabras clave:** Blanqueo de dinero; Inteligencia artificial.

**Abstract:** The tools of artificial intelligence can revolutionize the fight against money laundering, but it is necessary to maintain a balance between efficiency and safeguarding fundamental rights.

**Keywords:** Money laundering; Artificial intelligence.

---

<sup>1</sup> Esta contribución se integra en el proyecto PID2021-126422OB-I00 (AEI/FEDER, UE), financiado por la Agencia Estatal de Investigación (Ministerio de Ciencia e Innovación) y la Unión Europea: Blanqueo de dinero, mundo digital, reformas de 2021 y la posibilidad de un Derecho penal europeo.

<sup>2</sup> Presidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Santiago de Compostela, España. Contacto: [miguel.abel@usc.es](mailto:miguel.abel@usc.es).

En la sociedad poscovid la digitalización<sup>3</sup> ha alcanzado tal intensidad que incluso se ha dicho, hiperbólicamente, que "nada se mueve sin la intervención de las nuevas tecnologías. Las relaciones humanas, la economía, las compras. Todo se hace en *internet*"<sup>4</sup>. Indudablemente, la historia del hombre se explica por profundas revoluciones, entre las que se encuentra la digital<sup>5</sup>, que hasta se ha calificado de "una verdadera era"<sup>6</sup> y "el fin del *homo sapiens*"<sup>7</sup>, al sustituirse la inteligencia de carbono por la de silicio<sup>8</sup>. Nos hallamos ante el "amanecer"<sup>9</sup> de la inteligencia artificial, con un desarrollo vertiginoso que da "miedo"<sup>10</sup>, la cual "no puede pensarse ni regularse con los conceptos que nos servían para otras máquinas triviales"<sup>11</sup>.

Pero no se trata de "la panacea"<sup>12</sup> o el tan buscado remedio que cura todos los males, pese a que, para el foro económico mundial de Davos, la tecnología *blockchain* cambiará radicalmente los negocios y se convertirá en el corazón del sistema financiero<sup>13</sup>. Por el contrario, la inteligencia artificial "es falible"<sup>14</sup> por los defectos de programación y falta de control de los algoritmos<sup>15</sup>. El halo de infalibilidad que se le ha otorgado no se corresponde con la realidad, pues se trata de estadísticas y metodologías altamente manipulables. Toda inteligencia artificial necesita trabajo manual de corrección constante. Así, en Florida, se denunció que, si el sistema de predicción para la puesta en libertad arrojaba una baja probabilidad de reincidencia respecto a los afroamericanos y latinos, el juez entrenaba el sistema y subía intencionalmente la probabilidad. De esta manera, si los algoritmos se adaptan a los prejuicios y sistemas de opresión<sup>16</sup>, resultan inseguros en su alcance y fiabilidad, carecen de transparencia y no son reproducibles<sup>17</sup>. Por ello, se ha comparado el secretismo de los algoritmos con la antigua alquimia, criticando unos resultados a los que

no se sabe cómo se llega<sup>18</sup>. Además, se denunció la catástrofe medioambiental<sup>19</sup> y energética<sup>20</sup> que provoca la inteligencia artificial, ya que, a modo de ejemplo, una conversación con ChatGPT consume medio litro de agua y diariamente se hacen decenas de millones<sup>21</sup>.

En definitiva, la digitalización posee un "efecto ambivalente"<sup>22</sup>: "ha levantado barreras y ha propiciado la distancia, pero también ha hecho posible interacciones de muy diverso tipo"<sup>23</sup>, facilita la vida, aunque igualmente crea nuevos riesgos<sup>24</sup>, que deben ser abordados en el marco del "conflicto seguridad-libertad"<sup>25</sup>, pues aunque las herramientas de la inteligencia artificial puedan revolucionar la lucha contra el blanqueo de dinero es necesario mantener un equilibrio entre eficiencia y salvaguarda de los derechos fundamentales<sup>26</sup>, ya que una cosa son los conocimientos y otra su uso permitido<sup>27</sup>, la racionalidad valorativa del castigo que limita la intervención en los derechos fundamentales<sup>28</sup>.

Ciertamente, la ausencia de riesgo crediticio, al existir normalmente un prepago, desincentiva que los proveedores de servicios obtengan una completa y precisa información sobre los clientes o la naturaleza de las relaciones comerciales<sup>29</sup>, proveedores que suelen utilizar una "débil tecnología"<sup>30</sup>; se ha denunciado la "voracidad" de los mercados para acceder "a todo tipo de datos para los más variados usos" y su obtención al margen de los interesados contra el derecho a la intimidad<sup>31</sup>.

Además, se han detectado brechas de seguridad en la inteligencia artificial y asociado las herramientas *blockchain* al uso de criptomonedas para el blanqueo<sup>32</sup>, hay *tumblers* o mezcladores de múltiples direcciones que garantizan el anonimato<sup>33</sup>, de hecho los servicios de mezcladores

3 Vid. Miguel Abel Souto, "Money laundering, COVID-19 and new technologies", en *Financial crime, money laundering and asset recovery* (Craiova: Alma, 2021), 23-50.

4 José María Pan, "Estamos seguros en la sociedad digital", en *¿Estamos preparados para el mundo que viene? La sociedad poscovid* (A Coruña: La Voz de Galicia, 2023), 99.

5 Cfr. Juan Carlos Salazar Icaza, "Blanqueo de dinero y medios digitales", en *IX congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2024), 557.

6 Juan Carlos Salazar Icaza, "Blanqueo de dinero y medios digitales", 557.

7 Dino Carlos Caro Coria, "Compliance, neurociencias e inteligencia artificial", en *Derecho penal y comportamiento humano. Avances desde la neurociencia y la inteligencia artificial* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2022), 634.

8 Dino Carlos Caro Coria, "Compliance, neurociencias e inteligencia artificial", 634.

9 Ioannis G. Pavlidis, "Deploying artificial intelligence for anti-money laundering and asset recovery: the dawn of a new era", *Journal of Money Laundering Control* 26, n.º 7 (2023): 155.

10 Alicia Troncoso Lora, "Inteligencia artificial, ¿riesgo u oportunidad?", en *¿Estamos preparados para el mundo que viene? La sociedad poscovid* (A Coruña: La Voz de Galicia, 2023), 29.

11 Daniel Innerarity Grau, "¿Vivimos en una sociedad más controlada y menos libre?", en *¿Estamos preparados para el mundo que viene? La sociedad poscovid* (A Coruña: La Voz de Galicia, 2023), 53.

12 Fernando Navarro Cardoso, "Blockchain, smart contract y compliance: anotaciones para el Derecho penal y procesal de la persona jurídica", en *Derecho penal y comportamiento humano. Avances desde la neurociencia y la inteligencia artificial* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2022), 691.

13 Fernando Navarro Cardoso, "Blockchain, smart contract y compliance: anotaciones para el Derecho penal y procesal de la persona jurídica", 691.

14 Dino Carlos Caro Coria, "Compliance, neurociencias e inteligencia artificial", 645.

15 Dino Carlos Caro Coria, "Compliance, neurociencias e inteligencia artificial", 645.

16 Cfr. Luis Jaime Palasí, "¿Ha impulsado la pandemia la digitalización?", en *¿Estamos preparados para el mundo que viene? La sociedad poscovid* (A Coruña: La Voz de Galicia, 2023), 75, 77, 79 y 80.

17 Cfr. Eduardo Demetrio Crespo, "El Derecho penal ante el desafío neurotecnológico y el algorítmico: reflexiones preliminares", en *Derecho penal y comportamiento humano. Avances desde la neurociencia y la inteligencia artificial* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2022), 26.

18 Cfr. Lucía Martínez Garay, "¿Ciencia o alquimia? Algoritmos y transparencia en la valoración del riesgo de reincidencia", en *Derecho penal y comportamiento humano. Avances desde la neurociencia y la inteligencia artificial* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2022), 498.

19 El Reglamento 2023/1114, de 31 de mayo, sobre mercados de criptoactivos, en su considerando 7, pone de manifiesto los posibles efectos adversos sobre el clima y el medioambiente de los mecanismos para validar las operaciones con criptoactivos.

20 La tecnología *blockchain* tiene un alto coste debido al consumo eléctrico necesario para la encriptación de la cadena de bloques, por los nodos que soportan el registro distribuido que garantizan la seguridad (cfr. Fernando Navarro Cardoso, "Blockchain, smart contract y compliance: anotaciones para el Derecho penal y procesal de la persona jurídica", 679).

21 Cfr. Luis Jaime Palasí, "¿Ha impulsado la pandemia la digitalización?", 76 y 77.

22 Daniel Innerarity Grau, "¿Vivimos en una sociedad más controlada y menos libre?", 50.

23 Daniel Innerarity Grau, "¿Vivimos en una sociedad más controlada y menos libre?", 50.

24 Cfr. Tania Muñoa Vidal, "Blanqueo de dinero y mundo digital", en *IX congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2024), 553.

25 Irene Morón Pendás, "La utilidad de las nuevas tecnologías en la prevención del blanqueo de dinero", en *IX congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2024), 604.

26 Cfr. Ioannis G. Pavlidis, "Deploying artificial intelligence for anti-money laundering and asset recovery: the dawn of a new era", 155.

27 Cfr. Eduardo Demetrio Crespo, "El Derecho penal ante el desafío neurotecnológico y el algorítmico: reflexiones preliminares", 18.

28 Eduardo Demetrio Crespo, "El Derecho penal ante el desafío neurotecnológico y el algorítmico: reflexiones preliminares", 18.

29 Cfr. Financial Action Task Force, *Money laundering using new payment methods* (Paris: FATF, 2010), 21, §§58 y 61, <https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Methodsandtrends/Moneylaunderingusingnewpaymentmethods.html>.

30 David Jesús Gómez Iniesta, "El uso de las monedas virtuales y el dinero electrónico en el delito de blanqueo y la Directiva 843/2018", en *VIII congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021), 656.

31 Irene Morón Pendás, "La utilidad de las nuevas tecnologías en la prevención del blanqueo de dinero", 604.

32 Cfr. Isabel Moreira Domingos, "Las nuevas tecnologías y el impacto del blanqueo de dinero procedente de la corrupción organizada en la democracia", en *IX congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2024), 549.

33 Cfr. David Jesús Gómez Iniesta, "El uso de las monedas virtuales y el dinero electrónico en el delito de blanqueo y la Directiva 843/2018", 660.

procesaron la mayoría de *bitcoins* blanqueados<sup>34</sup>, el Reglamento 2023/1113, de 31 de mayo, sobre información de transferencias con fondos y criptoactivos, advierte del alto riesgo respecto al blanqueo de las tecnologías diseñadas para el anonimato, con cita de "los mezcladores de criptoactivos"<sup>35</sup> y el Reglamento 2023/1114, igualmente de 31 de mayo, o Reglamento MiCA, sobre mercados de criptoactivos, también añadió un apartado 6 al artículo 18 de la Directiva 2015/849<sup>36</sup> que obliga a la Autoridad Bancaria Europea a prestar especial atención, por favorecer el anonimato, a los servicios de mezclado.

Asimismo, hay *tokens* no fungibles, que constituyen "smart contracts" gestionados en la *blockchain* y comercializados en un mercado digital". A diferencia de las criptomonedas, no se utilizan como medio de pago –por eso se les califica de "no fungibles"–, aunque realmente son fungibles porque pueden intercambiarse como cualquier mercancía, prueba de ello son sus cotizaciones: 69,3 millones de dólares costó *Everydays* y 2,9 el primer *twitter*<sup>37</sup>. Su *boom* se produjo en 2021<sup>38</sup> y en febrero de 2023 el GAFI advirtió que "los mercados de *tokens* no fungibles representan una vulnerabilidad emergente"<sup>39</sup> en materia de blanqueo. Sirven como certificados de propiedad de obras de arte, videos, canciones, escrituras, acciones... y tanto su alta volatilidad como su fluctuación especulativa los convierten en idóneos para justificar ingresos delictivos. Así, 8000 millones de dólares han sido blanqueados por plataformas de *tokens* no fungibles de 2017 a 2021<sup>40</sup> y en 2022 *Baller Ape* vendió *tokens* no fungibles en forma de dibujos, frecuentemente con un mono, y poco después eliminó el proyecto de inversión, quedándose con 2'6 millones de dólares mediante múltiples cadenas de bloques de activos virtuales<sup>41</sup>.

También plantean problemas con el blanqueo los intercambiadores descentralizados, contratos inteligentes que proporcionan servicios de intercambio de criptoactivos en la *blockchain* sin intermediarios, con lo que no están sometidos a las disposiciones de prevención del blanqueo; normalmente se convierte y fracciona el dinero sustraído en diferentes *tokens*, como ocurrió en las plataformas *AscenEx*, *Qubit Finance* y *Fortress Protocol*<sup>42</sup>.

Finalmente, en junio de 2023 el GAFI mostró su seria preocupación porque la mayoría de las jurisdicciones, tres cuartas partes, exactamente 73 de 98, no cumplían, en todo o en parte, las recomendaciones sobre activos virtuales y proveedores de sus servicios, incluso calificó de "vital" la necesidad de un rápido cumplimiento por los países<sup>43</sup>.

34 Cfr. Fabio Joffre Calasich, "Criptocriminalidad", en *Ilícitos económicos y evidencia digital* (Buenos Aires: Editores Fondo Editorial, 2022), 190 y 195.

35 Cons. 17.

36 Sobre las dos directivas de 2018 vid. Miguel Abel Souto, "Blanqueo de dinero, responsabilidad criminal de las personas jurídicas y directivas de 2018", en *La justicia penal del siglo XXI ante el desafío del blanqueo de dinero* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021), 41-75. Existe una versión inglesa de este artículo bajo el título "Money laundering, criminal responsibility of legal persons and 2018 directives", en *La justicia penal del siglo XXI ante el desafío del blanqueo de dinero* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021), 301-334 y en *Journal of Applied Business & Economics* 22, (2020): 205-222. Respecto al protagonismo español en la lucha contra el blanqueo vid. Miguel Abel Souto, "FATF's most compliant countries. Spain's technical compliance and effectiveness: lessons for least compliant jurisdictions", *De Legibus*, (2022): 241-266. Sobre el SEPBLAC y su máxima calificación internacional vid. José Manuel Lorenzo Salgado, "El blanqueo de dinero procedente de los delitos descritos en los artículos 368 a 372 del CP y las nuevas tendencias de financiación del terrorismo advertidas por las directivas de 2018", en *VII congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), 460 y 461. Vid. también Financial Action Task Force, *Consolidated assessment ratings* (París: FATF, 2021), <https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Mutualevaluations/Assessment-ratings.html>.

37 Cfr. Fabio Joffre Calasich, "Criptocriminalidad", 201.

38 Cfr. Financial Action Task Force, *Targeted update on implementation of the FATF standards on virtual assets and virtual asset service providers* (París: FATF, 2023), 33. <https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Fatfrecommendations/targeted-update-virtual-assets-vasps-2023.html>.

39 Financial Action Task Force, *Money laundering and terrorist financing in the art and antiquities market* (París: FATF, 2023), 41. <https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Methodsandtrends/Money-Laundering-Terrorist-Financing-Art-Antiquities-Market.html>.

40 Cfr. Fabio Joffre Calasich, "Criptocriminalidad", 201 y 202.

41 Cfr. Financial Action Task Force, *Money laundering and terrorist financing in the art and antiquities market*, 53.

42 Cfr. Fabio Joffre Calasich, "Criptocriminalidad", 202-204.

43 Cfr. Financial Action Task Force, *Targeted update on implementation of the FATF standards on virtual assets and virtual asset*

En suma, para condenar los peligros que representan la inteligencia artificial y las nuevas tecnologías respecto al blanqueo se ha llegado a decir que el nombre del buscador elegido en *internet* permite abrir "las puertas del infierno de Dante Alighieri"<sup>44</sup>, por lo que antes de pulsar el botón debería recordarse lo escrito en el dintel de la puerta del averno: "*lasciate ogni speranza, voy che entrate*"<sup>45</sup>.

Sin embargo, la inteligencia artificial y el desarrollo de las tecnologías, entre ellas *internet*, ha implicado incuestionables ventajas<sup>46</sup>, la seguridad criptográfica, la trazabilidad de la cadena de bloques, la elaboración de perfiles de usuarios<sup>47</sup>, la obtención de pruebas por la fiscalía mediante el rastreo de transacciones a través de *blockchain*<sup>48</sup> y la inteligencia artificial hasta facilita, mediante recursos *online*, la verificación de la identidad u otros deberes de diligencia para la prevención del blanqueo<sup>49</sup>, como en las empresas *Fintech* mediante sistemas *big data* y aplicaciones informáticas<sup>50</sup>, v. gr., el *software* de investigación *Chainanalysis Reactor* se emplea judicialmente como evidencia pericial al identificar usuarios de transacciones y analizar flujos de movimientos, buscando direcciones de *bitcoin* para detectar delitos fiscales<sup>51</sup>. Con ello, los protocolos cifrados "sirven a los organismos de investigación y represión para rastrear las operaciones ilícitas e identificar sus responsables"<sup>52</sup>. En este sentido, el Reglamento 2023/1113, de 31 de mayo, sobre información de transferencias de fondos y criptoactivos, alude al "uso de herramientas analíticas basadas en la tecnología de registro distribuido, para detectar el origen o el destino de los criptoactivos"<sup>53</sup> y con visión de futuro obliga a la Comisión a presentar, hasta el 30 de junio de 2027, un informe sobre las soluciones tecnológicas para el cumplimiento de las obligaciones impuestas a los proveedores de servicios de criptoactivos con los últimos avances y el uso de herramientas analíticas de registro distribuido para identificar las transferencias, así como sobre las tendencias de uso de direcciones autoalojadas para realizar transferencias sin intervención de terceros y sus riesgos para el blanqueo<sup>54</sup>. Incluso se habla de *Regtech* o gestión tecnológica del cumplimiento con la regulación<sup>55</sup> a través de "la visualización de datos, la cadena en bloques y la inteligencia artificial"<sup>56</sup>, pues las herramientas de aprendizaje automático, como los algoritmos, se adaptan para ayudar a detectar actividades anormales o sospechosas y generan

service providers, 2 y 4.

44 Juan Carlos Salazar Icaza, "Blanqueo de dinero y medios digitales", 558.

45 Dante Alighieri, *Divina Comedia*, trad. por Cayetano Rosell (Barcelona: Simón editores, 1870), 13, canto 3, verso 9.

46 Cfr. Natalia Josefina De La Mata Barranco, "Ilícitos vinculados al ámbito informático", en *Derecho penal informático* (Cizur Menor: Civitas/Thomson Reuters/Aranzadi, 2020), 16.

47 Cfr. David Jesús Gómez Iniesta, "El uso de las monedas virtuales y el dinero electrónico en el delito de blanqueo y la Directiva 843/2018", 652 y 663.

48 Cfr. Isabel Moreira Domingos, "Las nuevas tecnologías y el impacto del blanqueo de dinero procedente de la corrupción organizada en la democracia", 550.

49 Vid. Compliance Training Products Limited, *The money laundering officer's practical handbook 2011* (Cambridge: Compliance Training Products Limited, 2011), 37-39 y 54.

50 Cfr. Para más información, acceder al siguiente enlace: <http://www.iebschool.com>.

51 Cfr. Fabio Joffre Calasich, "Criptocriminalidad", 191.

52 Juan Carlos Ferré Olivé, "Los hechos previos del blanqueo, con especial consideración en la ciberdelincuencia y los delitos antecedentes en la Directiva 2018/1673", en *IX congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2024), 253.

53 Cons. 17.

54 Cfr. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Reglamento (UE) 2023/1113 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, relativo a la información que acompaña a las transferencias de fondos y de determinados criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2015/849*, 9 de junio de 2023, art. 373, literal b y e, DOUE-L-2023-80807, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2023-80807>.

55 Cfr. Para más información, acceder al siguiente enlace: <http://www.ciberseguridad.com>.

56 David Jesús Gómez Iniesta, "El uso de las tarjetas de prepago para el blanqueo y la financiación terrorista y la Directiva 843/2018", en *VII congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), 304.

alertas mediante la inteligencia artificial<sup>57</sup>, que contribuye a "anticipar y neutralizar amenazas o gestionar incidencias de ciberseguridad" más rápida y eficazmente al analizar grandes cantidades de datos sin intervención humana especializada<sup>58</sup>. Las nuevas tecnologías permiten captar y procesar ingentes volúmenes de datos, definir vertiginosamente patrones que anticipan conductas, identificar y gestionar los riesgos, "base de todo el mecanismo de prevención"<sup>59</sup>.

Respecto a los programas de cumplimiento, el potencial de la cadena de bloques "puede ser espectacular"<sup>60</sup>, al permitir la trazabilidad de las decisiones a través de la *blockchain* y su mecanización mediante contratos inteligentes, así el elevado riesgo para el blanqueo del uso de criptomonedas en el sector inmobiliario puede rebajarse con *smart contracts* para la resolución de las compraventas<sup>61</sup>. No se trata de que la inteligencia artificial sobre la base de *big data* decida la inocencia o culpabilidad, pues la justicia no es programable y necesita intervención humana, sino de un modelo colaborativo entre personas y máquinas que procesen una gran cantidad de información para hacer predicciones<sup>62</sup>. Tampoco se trata solamente de que los *compliance programs* eximan o atenúen la responsabilidad criminal de las personas jurídicas y de que tengan una función probatoria, sino que la inteligencia artificial y las nuevas tecnologías incorporadas a los programas de cumplimiento deben aportar un valor añadido a la gestión empresarial y desempeñar un papel más proactivo o de prevención, advirtiendo los riesgos, que reactivo, reaccionando contra los peligros ya materializados<sup>63</sup>.

Pese a conocidos casos, como *Silk Road*, en el que se condenó a cadena perpetua por blanqueo de dinero, tráfico de drogas y *hacking* en *internet*, con incautación de 379 millones de dólares en *bitcoins*, *Liberty Reserve*, intercambiadora cuyo director fue condenado a 20 años de prisión por blanquear dinero con criptomonedas, o *BTC-E*, *exchanger* de criptoactivos multado con 100 millones de dólares por incumplir la normativa antiblanqueo, el volumen de criptoactivos blanqueados todavía es muy bajo en comparación con los mecanismos tradicionales<sup>64</sup>, que mayoritariamente emplean el dinero en efectivo o moneda fiat<sup>65</sup>. Aunque el transporte físico de bienes constituye un método tradicional de blanqueo<sup>66</sup>, también proliferan las nuevas "mulas de dinero", reclutadas por correo electrónico con oportunidades de trabajo en casa, que a veces el único pago que reciben es la persecución penal por blanqueo<sup>67</sup>, ofertas laborales que se han incrementado durante la pandemia de la COVID-19<sup>68</sup>, y que suelen acabar en una condena por estafa, y hasta se ha condenado por blanqueo imprudente como solución *deus ex machina*<sup>69</sup>, a

57 Cfr. William Douglas Heaven, "IA para perseguir el blanqueo de capitales en tiempos de coronavirus", *MIT Technology Review*, 2020, 1, 3-4, <https://technologyreview.es>.

58 Cfr. Ignacio Lledó Benito, *El Derecho penal, robots, IA y cibercriminalidad* (Madrid: Dykinson, 2022), 23.

59 Cfr. Irene Morón Pendás, "La utilidad de las nuevas tecnologías en la prevención del blanqueo de dinero", 603.

60 Fernando Navarro Cardoso, "Blockchain, smart contract y compliance: anotaciones para el Derecho penal y procesal de la persona jurídica", 679.

61 Cfr. Fernando Navarro Cardoso, "Blockchain, smart contract y compliance: anotaciones para el Derecho penal y procesal de la persona jurídica", 690.

62 Cfr. Dino Carlos Caro Coria, "Compliance, neurociencias e inteligencia artificial", 638 y 639.

63 Cfr. Fernando Navarro Cardoso, "Blockchain, smart contract y compliance: anotaciones para el Derecho penal y procesal de la persona jurídica", 691 y 692.

64 Cfr. Fabio Joffre Calasich, "Criptocriminalidad", 187, 189, 192, 200 y 213.

65 Cfr. Financial Action Task Force, *Targeted update on implementation of the FATF standards on virtual assets and virtual asset service providers*, 28.

66 Cfr. Isidoro Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales* (Cizur Menor: Thomson Reuters/Aranzadi, 2015), 73.

67 Cfr. Jonathan Clough, *Principles of cybercrime* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), 187- 188.

68 Cfr. Miguel Abel Souto, "COVID-19 y comisión del delito de blanqueo de dinero mediante las nuevas tecnologías", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (2022): 21.

69 Cfr. Daniel González Uriel, "Cibermulas y criptomulas", *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 6 (2023): 3, 5 y 7-14.

modo de "cuestionable" tipo de recogida<sup>70</sup>. Este recurso *ἀπὸ μηχανῆς θεός*, tan frecuente en el teatro griego de Eurípides, introduce con una grúa a una divinidad en la escena para resolver ilógicamente un problema en contra de la coherencia interna del sistema. Pero ya Aristóteles criticó en su *Poética* estas soluciones que no tienen en cuenta "lo necesario o lo verosímil"<sup>71</sup>, pues se prescinde de las exigencias subjetivas y se trasladan funciones policiales a los ciudadanos sobre la base de unos deberes de cuidado que no se describen<sup>72</sup>.

En definitiva, como se pone de manifiesto en la agenda estratégica de la Unión Europea<sup>73</sup> hasta 2024, aunque en los años venideros "la transformación digital se seguirá acelerando y tendrá repercusiones de gran alcance", la política europea debe continuar reflejando los valores de nuestra sociedad, fomentando la inclusión y respetando la forma de vida europea<sup>74</sup>.

Por tanto, es necesaria una gran cautela, dado que la inteligencia artificial, como la energía nuclear, pueden iluminarnos, pero también es capaz, incontrolada, de "destruir civilizaciones"<sup>75</sup>. Así las cosas, pese a que el volumen de dinero blanqueado mediante inteligencia artificial y criptoactivos todavía no es muy elevado, hay que permanecer atentos, pues "las criptomonedas y el *blockchain* continuarán desafiando el sector financiero en los próximos

70 Cfr. Miguel Abel Souto, "Jurisprudencia penal reciente sobre el blanqueo de dinero, volumen del fenómeno y evolución del delito en España", en *IV congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2014), 139.

71 Aristóteles, *La Poética*, trad. por Valentin García Yebra (Madrid: Gredos, 1974), 1454a, 34, pp. 178 y 183.

72 Cfr. Daniel González Uriel, "Cibermulas y criptomulas", 12 y 13.

73 Sobre la construcción de un Derecho penal europeo *vid.* Juan Carlos Ferré Olivé, "El *Corpus Iuris* de normas penales para la tutela de los intereses financieros de la Unión Europea", en *VIII congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021), 781-804 y 971-973; José Manuel Lorenzo Salgado, "Consideraciones sobre el dogma legalista como principio básico en la construcción de un Derecho penal europeo", en *VIII congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021), 813-842, 977 y 978.

74 Cfr. Consejo de la Unión Europea, *Una nueva agenda estratégica 2019-2024* (Bruselas: Consejo de la Unión Europea, 2019), 4.

75 Cfr. Juan Carlos Salazar Icaza, "Blanqueo de dinero y medios digitales", 562.

años<sup>76</sup>, porque la criptocriminalidad puede minar la credibilidad del sistema financiero y precisamente los ganadores del premio Nobel de economía en 2022 pusieron de manifiesto cómo los pánicos bancarios especulativos contribuyen a las crisis financieras<sup>77</sup>.

De otro lado, la inteligencia artificial está en manos de grandes empresas tecnológicas más poderosas que muchos estados, que sirviéndose "del secreto y la propiedad industrial"<sup>78</sup> pueden acabar vulnerando "los principios y derechos constitucionales más elementales, como la no discriminación o las libertades informativas"<sup>79</sup>. Obviamente la "innovación y el desarrollo son permanentes fuentes de tensión para el Derecho"<sup>80</sup>, obligándolo a "redefinir categorías o, incluso, a generar nuevas"<sup>81</sup>. Por consiguiente, los riesgos de la inteligencia artificial deben compensarse mediante una regulación que proteja, entre otras muchas cosas, del sesgo algorítmico<sup>82</sup>.

En este sentido, la presidencia del Consejo y los negociadores del Parlamento Europeo alcanzaron en diciembre de 2023 un acuerdo sobre el Reglamento de inteligencia artificial para garantizar que su uso en Europa sea seguro y respete tanto los derechos fundamentales como los valores de la Unión<sup>83</sup>. Después de dos sesiones maratónicas, de 22 y 14 horas, se consensuó un marco para que la innovación tecnológica se guíe por principios éticos y legales<sup>84</sup>, con un enfoque basado en el riesgo que exige normas más estrictas para los casos de mayor peligro, evaluaciones de impacto en los derechos fundamentales previas a la puesta en marcha de sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo y prohibiciones de usos de la inteligencia artificial que entrañen riesgos inaceptables, como la manipulación cognitiva conductual, el rastreo indiscriminado de imágenes faciales y algunos casos de vigilancia policial predictiva, aunque excepcionalmente se permiten a la policía procedimientos de emergencia para usar herramientas de inteligencia artificial sin evaluación o la identificación biométrica remota en determinados delitos y amenazas reales, como el terrorismo o los delitos más graves<sup>85</sup>. También incide el Reglamento en los modelos generativos de inteligencia artificial, como ChatGPT, con normas para garantizar la transparencia y gestión de riesgos, así como en los derechos de autor<sup>86</sup>, que ya han generado demandas a las compañías creadoras de ChatGPT y a otras plataformas populares de inteligencia artificial<sup>87</sup>.

76 Christian Wronka, "Money laundering through cryptocurrencies", *Journal of Money Laundering Control* 25, n.º 1 (2022): 93.

77 Cfr. Fabio Joffre Calasich, "Criptocriminalidad", 213.

78 Dino Carlos Caro Coria, "Compliance, neurociencias e inteligencia artificial", 633.

79 Dino Carlos Caro Coria, "Compliance, neurociencias e inteligencia artificial", 633.

80 Fernando Navarro Cardoso, "Blockchain, smart contract y compliance: anotaciones para el Derecho penal y procesal de la persona jurídica", 692.

81 Fernando Navarro Cardoso, "Blockchain, smart contract y compliance: anotaciones para el Derecho penal y procesal de la persona jurídica", 692.

82 Cfr. Dino Carlos Caro Coria, "Compliance, neurociencias e inteligencia artificial", 651 y 652.

83 Cfr. Consejo de la Unión Europea, "Reglamento de inteligencia artificial: el Consejo y el Parlamento alcanzan un acuerdo sobre las primeras normas del mundo en materia de inteligencia artificial", *Consejo de la Unión Europea*, 9 de diciembre de 2023, 1. <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2023/12/09/artificial-intelligence-act-council-and-parliament-strike-a-deal-on-the-first-worldwide-rules-for-ai/>.

84 Cfr. Sandra Parra, "La UE pacta la primera ley sobre inteligencia artificial del mundo: usos prohibidos, multas y antecedentes", *National Geographic*, 2021, 4 y 6, <http://www.nationalgeographic.com.es>.

85 Cfr. Consejo de la Unión Europea, "Reglamento de inteligencia artificial: el Consejo y el Parlamento alcanzan un acuerdo sobre las primeras normas del mundo en materia de inteligencia artificial", 3-5.

86 Cfr. Sandra Parra, "La UE pacta la primera ley sobre inteligencia artificial del mundo: usos prohibidos, multas y antecedentes", 5.

87 Vid. Michael M. Grynbaum y Raymond Mac, "The New York Times demanda a OpenAI y Microsoft por el uso de obras con derechos de autor en la IA", *The New York Times*, 27 de diciembre de 2023, 1-4.

## Bibliografía

Abel Souto, Miguel. "Jurisprudencia penal reciente sobre el blanqueo de dinero, volumen del fenómeno y evolución del delito en España". En *IV congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

———. "Money laundering, criminal responsibility of legal persons and 2018 directives". *Journal of Applied Business & Economics* 22, (2020): 205-222.

———. "Blanqueo de dinero, responsabilidad criminal de las personas jurídicas y directivas de 2018". En *La justicia penal del siglo XXI ante el desafío del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

———. "Money laundering, COVID-19 and new technologies". En *Financial crime, money laundering and asset recovery*. Craiova: Alma, 2021.

———. "Money laundering, criminal responsibility of legal persons and 2018 directives". En *La justicia penal del siglo XXI ante el desafío del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

———. "COVID-19 y comisión del delito de blanqueo de dinero mediante las nuevas tecnologías". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (2022).

———. "FATF's most compliant countries. Spains's technical compliance and effectiveness: lessons for least compliant jurisdictions". *De Legibus*, (2022): 241-266.

Alighieri, Dante. *Divina Comedia*. Traducido por Cayetano Rosell. Barcelona: Simón editores, 1870.

Aristóteles. *La Poética*. Traducido por Valentín García Yebra. Madrid: Gredos, 1974.

Blanco Cordero, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. Cizur Menor: Thomson Reuters/Aranzadi, 2015.

Caro Coria, Dino Carlos "Compliance, neurociencias e inteligencia artificial". En *Derecho penal y comportamiento humano. Avances desde la neurociencia y la inteligencia artificial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.

Clough, Jonathan. *Principles of cybercrime*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

Compliance Training Products Limited. *The money laundering officer's practical handbook 2011*. Cambridge: Compliance Training Products Limited, 2011.

Consejo de la Unión Europea. "Reglamento de inteligencia artificial: el Consejo y el Parlamento alcanzan un acuerdo sobre las primeras normas del mundo en materia de inteligencia artificial". *Consejo de la Unión Europea*. 9 de diciembre de 2023. <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2023/12/09/artificial-intelligence-act-council-and-parliament-strike-a-deal-on-the-first-worldwide-rules-for-ai/>.

———. *Una nueva agenda estratégica 2019-2024*. Bruselas: Consejo de la Unión Europea, 2019.

De La Mata Barranco, Natalia Josefina. "Ilícitos vinculados al ámbito informático". En *Derecho penal informático*. Cizur Menor: Civitas/Thomson Reuters/Aranzadi, 2020.

Demetrio Crespo, Eduardo. "El Derecho penal ante el desafío neurotecnológico y el algorítmico: reflexiones preliminares". En *Derecho penal y comportamiento humano. Avances desde la neurociencia y la inteligencia artificial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.

- Douglas Heaven, William. "IA para perseguir el blanqueo de capitales en tiempos de coronavirus". *MIT Technology Review*, 2020. <https://technologyreview.es>.
- Ferré Olivé, Juan Carlos. "El *Corpus Iuris* de normas penales para la tutela de los intereses financieros de la Unión Europea". En *VIII congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.
- . "Los hechos previos del blanqueo, con especial consideración en la ciberdelincuencia y los delitos antecedentes en la Directiva 2018/1673". En *IX congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2024.
- Financial Action Task Force. *Money laundering using new payment methods*. París: FATF, 2010. <https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Methodsandtrends/Moneylaunderingusingnewpaymentmethods.html>.
- . *Consolidated assessment ratings*. París: FATF, 2021. <https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Mutualevaluations/Assessment-ratings.html>.
- . *Money laundering and terrorist financing in the art and antiquities market*. París: FATF, 2023. <https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Methodsandtrends/Money-Laundering-Terrorist-Financing-Art-Antiquities-Market.html>.
- . *Targeted update on implementation of the FATF standards on virtual assets and virtual asset service providers*. París: FATF, 2023. <https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Fatfrecommendations/targeted-update-virtual-assets-vasps-2023.html>.
- Gómez Iniesta, David Jesús. "El uso de las tarjetas de prepago para el blanqueo y la financiación terrorista y la Directiva 843/2018". En *VII congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- . "El uso de las monedas virtuales y el dinero electrónico en el delito de blanqueo y la Directiva 843/2018". En *VIII congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.
- González Uriel, Daniel. "Cibermulas y criptomulas", *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 6 (2023).
- Grynbaum, Michael M. y Raymond Mac. "The New York Times demanda a OpenAI y Microsoft por el uso de obras con derechos de autor en la IA". *The New York Times*, 27 de diciembre de 2023.
- Innerarity Grau, Daniel. "¿Vivimos en una sociedad más controlada y menos libre?". En *¿Estamos preparados para el mundo que viene? La sociedad poscovid*. A Coruña: La Voz de Galicia, 2023.
- Jaume Palasí, Luis. "¿Ha impulsado la pandemia la digitalización?". En *¿Estamos preparados para el mundo que viene? La sociedad poscovid*. A Coruña: La Voz de Galicia, 2023.
- Joffre Calasich, Fabio. "Criptocriminalidad". En *Ilícitos económicos y evidencia digital*. Buenos Aires: Editores Fondo Editorial, 2022.
- Lorenzo Salgado, José Manuel. "El blanqueo de dinero procedente de los delitos descritos en los artículos 368 a 372 del CP y las nuevas tendencias de financiación del terrorismo advertidas por las directivas de 2018". En *VII congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- . "Consideraciones sobre el dogma legalista como principio básico en la construcción de un Derecho penal europeo". En *VIII congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.
- Lledó Benito, Ignacio. *El Derecho penal, robots, IA y cibercriminalidad*. Madrid: Dykinson, 2022.
- Martínez Garay, Lucía. "¿Ciencia o alquimia? Algoritmos y transparencia en la valoración del riesgo de reincidencia". En *Derecho penal y comportamiento humano. Avances desde la neurociencia y la inteligencia artificial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.
- Moreira Domingos, Isabel. "Las nuevas tecnologías y el impacto del blanqueo de dinero procedente de la corrupción organizada en la democracia". En *IX congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2024.
- Morón Pendás, Irene. "La utilidad de las nuevas tecnologías en la prevención del blanqueo de dinero". En *IX congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2024.
- Muñoa Vidal, Tania. "Blanqueo de dinero y mundo digital". En *IX congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2024.
- Navarro Cardoso, Fernando. "Blockchain, smart contract y compliance: anotaciones para el Derecho penal y procesal de la persona jurídica". En *Derecho penal y comportamiento humano. Avances desde la neurociencia y la inteligencia artificial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.
- Pan, José María. "Estamos seguros en la sociedad digital". En *¿Estamos preparados para el mundo que viene? La sociedad poscovid*. A Coruña: La Voz de Galicia, 2023.
- Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. *Reglamento (UE) 2023/1113 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, relativo a la información que acompaña a las transferencias de fondos y de determinados criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2015/849*. 9 de junio de 2023. DOUE-L-2023-80807. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2023-80807>.
- Parra, Sandra. "La UE pacta la primera ley sobre inteligencia artificial del mundo: usos prohibidos, multas y antecedentes". *Nathional Geographic*, 2021. <http://www.nationalgeographic.com.es>.
- Pavlidis, Ioannis G. "Deploying artificial intelligence for anti-money laundering and asset recovery: the dawn of a new era". *Journal of Money Laundering Control* 26, n.º 7 (2023): 155.
- Salazar Icaza, Juan Carlos. "Blanqueo de dinero y medios digitales". En *IX congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2024.
- Troncoso Lora, Alicia. "Inteligencia artificial, ¿riesgo u oportunidad?". En *¿Estamos preparados para el mundo que viene? La sociedad poscovid*. A Coruña: La Voz de Galicia, 2023.
- Wronka, Christian. "Money laundering through cryptocurrencies". *Journal of Money Laundering Control* 25, n.º 1 (2022): 93.





Los tipos agravados de  
**BLANQUEO  
DE DINERO**  
en el Código Penal Español

Prof. Dr. Diego J. Gómez Iniesta<sup>2</sup>

## I. Introducción

La estrategia político criminal en la lucha contra el blanqueo de dinero consiste básicamente en identificar aquellos ámbitos económicos susceptibles de ser utilizados para ocultar o encubrir el dinero que origina la delincuencia, así como la descripción de los métodos que se utilizan para ello, desde el transporte físico, hasta el uso de tarjetas de prepago, pasando por la compra de criptoactivos, etc., pero también poniendo de relieve la conexión con las actividades delictivas desarrolladas por estructuras criminales. Es por eso, por lo que desde la problemática de la globalización y la complejidad que presenta la delincuencia en una realidad sometida a importantes cambios, la normativa internacional y europea se someten a transformaciones constantes para armonizar el derecho interno en lo relativo a la prevención –pero también el Derecho penal–, y centrarse en la lucha contra el delito, mejorando la eficacia contra el blanqueo, y por extensión, la financiación terrorista y la criminalidad organizada<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Esta contribución se integra en el proyecto PID2021-126422OB-I00 (AEI/FEDER, UE), financiado por la Agencia Estatal de Investigación (Ministerio de Ciencia e Innovación) y la Unión Europea: *Blanqueo de dinero, mundo digital, reformas de 2021 y la posibilidad de un Derecho penal europeo*.

<sup>2</sup> Facultad de Derecho de Albacete, Universidad de Castilla-La Mancha, España.

<sup>3</sup> Por todos, Bonnie Buchanana, "Money laundering – a global obstacle", en *Research in*

En ese proceso de adaptación, la legislación penal, basada en una definición amplia del blanqueo con formulaciones genéricas, como se deduce del tipo básico, con el fin de que sea compatible con cualquier actividad delictiva que genere dinero<sup>4</sup>, no ha escapado a las reformas, en muchos casos de forma irreflexiva, e incluso desproporcionada. En este contexto, hay que enmarcar la LO 6/2021, de 28 de abril, que responde, una vez más, a las obligaciones internacionales, pero, sobre todo, a la necesidad de trasponer la Directiva (UE) 2018/1673, del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2018, relativa a la lucha contra blanqueo de capitales mediante el Derecho penal (VI Directiva), que se añade a las anteriores en materia de prevención del blanqueo y financiación terrorista, y por la que se vino a modificar el delito de blanqueo de dinero en lo relativo a la ampliación de sus circunstancias agravantes, apelando a una mayor protección del sistema económico en su conjunto, sin olvidar su sistema de pagos, al incluir nuevos delitos de los que proceden los bienes objeto de blanqueo, que se añaden a la lista de los ya existentes (tráfico de drogas y corrupción pública, también urbanística), así como otra circunstancia agravante en el artículo 302.1 CP, concerniente a la condición del sujeto activo, entidad obligada por la Ley 10/2020, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, junto con la referida a las personas que pertenezcan a una organización dedicada al blanqueo<sup>5</sup>.

Sin embargo, una cosa es destacar la evidente conexión criminológica entre el blanqueo y el delito previo, al entenderse que, si los delitos son una fuente de ingresos, la prevención y sanción del blanqueo constituye una medida eficaz para combatir los actos delictivos precedentes, por lo que ambos se refuerzan, y otra que con las reformas penales se incrementa la sanción estableciendo agravaciones, como fórmula para luchar contra la delincuencia<sup>6</sup>, con una técnica tan extensa como diversa, porque al lado de la agravación que gira en torno a la concreta procedencia delictiva del dinero, están las que se refieren a la pertenencia delictiva a una estructura organizativa criminal o la especial actividad empresarial o profesional que desarrolla el sujeto activo, y que se haya desaprovechado la última para introducir una circunstancia agravante, que en la VI Directiva aparece entre las facultativas, que se ajusta mejor al empeño socioeconómico del bien jurídico y que se refiere al valor de los bienes objeto de blanqueo.

## II. El tipo agravado por la concreta procedencia delictiva del dinero

La LO 6/2021, de 28 de abril, modificó el último párrafo del artículo 301 CP, por el que "[t]ambién se impondrá la pena en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos comprendidos en el título VII bis, el capítulo V del título VIII, la sección 4.<sup>a</sup> del capítulo XI del título XIII, el título XV bis, el capítulo I del título XVI o los capítulos V, VI, VII, VIII, IX y X del título XIX". Así, a la enumeración ya existente de delitos previos que dan lugar a la aplicación de la agravante, esto es, delitos sobre la ordenación del territorio y urbanismo, cohecho, tráfico de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales y negociaciones prohibidas a funcionarios<sup>7</sup>, se

*International Business and Finance* 18, n.º 1 (2004): 115-127.

<sup>4</sup> Vid. Jesús María Silva Sánchez, "Expansión del Derecho penal y blanqueo de capitales", en *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011), 131; y, Miguel Bajo Fernández, "La perplejidad del intérprete ante el blanqueo de capitales: límites del concurso real y alcance de la acción", en *El delito de Lavado de activos. Aspectos sustantivos, procesales y de política criminal* (Lima: Grijley, 2017), 65-66.

<sup>5</sup> Vid. Miguel Abel Souto, "Los nuevos tipos agravados de blanqueo de dinero introducidos en España por la Ley Orgánica 6/2021, de 28 de abril", en *Revista CAP Jurídica Central* 5, n.º 9 (2021): 67-75; Daniel González Uriel, "La reforma del delito de blanqueo de dinero llevada a cabo por la LO 6/2021", Actualidad, Asociación profesional de la magistratura, 15 junio 2021, <https://apmnacionales.com/actualidad/la-reforma-del-delito-de-blanqueo-de-dinero-llevada-a-cabo-por-la-lo-62021-por-daniel-gonzalez-urriel/>.

<sup>6</sup> En este sentido, Georgy Rusanov y Yury Pudovochkin, "Money laundering in the modern crime system", en *Journal of money laundering control* 24, n.º 4 (2021): 860 y ss.

<sup>7</sup> Miguel Abel Souto, "La expansión penal del blanqueo operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio", en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 79 (2011): 1 y ss.

agregan ahora la trata de seres humanos, delitos relativos a la prostitución y explotación sexual y corrupción de menores, delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y corrupción en los negocios, que dan lugar a la aplicación de la pena en su mitad superior a las previstas en el tipo básico de blanqueo y, por tanto, pena de prisión de tres años y tres meses a seis años, además de una multa del duplo al triplo del valor de los bienes, así como el castigo con la inhabilitación especial y las consecuencias accesorias.

Aunque en las reformas se hacen llamadas al cumplimiento de las obligaciones internacionales, bien es cierto que de su interpretación conjunta, a la luz de la Convención de Palermo<sup>8</sup>, cuando se refiere a que el delito de blanqueo se aplique "a la gama más amplia posible de delitos determinantes"<sup>9</sup>, expresión que repite la Convención de Mérida<sup>10</sup>, en su artículo 23.2.a), o el Convenio de Varsovia<sup>11</sup>, cuando sigue la recomendación 1 de GAFI<sup>12</sup> en la que se establece que, aparte del enfoque que adopte, cada Estado Parte puede definir el delito principal tomando como base todos los delitos y, entre ellos, los delitos contenidos en el anexo a la Convención<sup>13</sup>, se deriva que el hecho previo en el que deben tener su origen los bienes objeto material de las conductas de blanqueo, ha de ser uno constitutivo de delito, y esta exigencia ya está en el artículo 301 CP, y no una obligación jurídica de tipificar de manera explícita delitos antecedentes, extraídos de la categoría "actividad delictiva", como tipos agravados.

Desde la UE, y como no podía ser de otra forma, la normativa anti-blanqueo se había limitado a requerir de los Estados que establecieran obligaciones de carácter preventivo en la protección del sistema financiero y su sistema de pagos con sanciones eficaces, proporcionadas o disuasorias con relación al Derecho administrativo sancionador<sup>14</sup>, pero con la VI Directiva<sup>15</sup> se reconoce que existen determinados delitos de los que deriva el dinero que luego se blanquea y que merecen un mayor reproche penal, es decir, la participación en una organización o grupo criminal, los delitos de tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, el terrorismo, los delitos contra

<sup>8</sup> España, *Convención de las Naciones Unidas Contra La Delincuencia Organizada Transnacional*, Boletín Oficial del Estado, 29 septiembre 2003, [www.boe.es/boe/dias/2003/09/29/pdfs/A35280-35297.pdf](http://www.boe.es/boe/dias/2003/09/29/pdfs/A35280-35297.pdf).

<sup>9</sup> España, *Convención de las Naciones Unidas Contra La Delincuencia Organizada Transnacional*, art. 6.2.

<sup>10</sup> España, *Convención De Las Naciones Unidas Contra La Corrupción*, Boletín Oficial del Estado, 29 septiembre 2003, [www.boe.es/boe/dias/2006/07/19/pdfs/A27132-27153.pdf](http://www.boe.es/boe/dias/2006/07/19/pdfs/A27132-27153.pdf).

<sup>11</sup> España, *Convenio Relativo Al Blanqueo, Seguimiento, Embargo Y Comiso De Los Productos Del Delito y a La Financiación Del Terrorismo*, Boletín Oficial del Estado, 26 de junio de 2010, <https://www.boe.es/boe/dias/2010/06/26/pdfs/BOE-A-2010-10146.pdf>.

<sup>12</sup> La recomendación 12 de GAFI y su nota interpretativa disponen que se tomen medidas razonables para determinar si la persona con la que se actúa se trata de una persona políticamente expuesta, y exigiendo a las instituciones financieras, además, medidas especiales o estrictas de diligencia debida, extendiéndose por igual a los familiares y allegados del funcionario público. (Financial Action Task Force, *Annual report 2010-2011* (Paris: FATF Secretariat, 2013), <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/Guidance-PEP-Rec12-22.pdf>). Por todos, vid. Raquel Cabeza Pérez, "Los estándares del FAFT: ¿recomendación u obligación?", en *Blanqueo de capitales y corrupción. Interacciones para su erradicación desde el derecho internacional y los sistemas nacionales* (España: Thomson Reuters Aranzadi, 2017), 101 y ss.

<sup>13</sup> Extensamente, Juana 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", en *Estudios penales y criminológicos* 35, (2015): 675 y ss., [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20171208\\_01.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20171208_01.pdf).

<sup>14</sup> La segunda directiva 2001/97/CE vino a ampliar el número de delitos previos, detallando lo que debe considerarse como delito grave; en ello vuelve a insistir la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, que en su artículo 3, 5, tomando como referencia las definiciones de la Decisión marco del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito, delimita la "actividad delictiva" subrayando cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de un delito grave, es decir, "que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad privativa de libertad de duración máxima superior a un año o, en los Estados miembros en cuyo sistema jurídico exista un umbral mínimo para los delitos, todos los delitos que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad privativa de libertad de duración mínima superior a seis meses", lo que reitera la IV directiva (2015) y no es modificado por la V (2018).

<sup>15</sup> Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva (UE) 2018/1673 relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal*, 23 de octubre de 2018, <https://www.boe.es/doue/2018/284/L00022-00030.pdf>. Por todos, Jorge Urbaneja Cillán, "Renovadas medidas de la Unión Europea relativas a la sanción penal del blanqueo de capitales: la Directiva 2018/1673", en *Revista general de derecho europeo*, n.º 48 (2019): 230-247, <https://web.ua.es/es/ciee/documentos/j-urbaneja-publicaciones/renovadas-medidas.pdf>.

los ciudadanos extranjeros, la trata de seres humanos, la prostitución y explotación sexual, los bienes que se vinculan a la corrupción, también en los negocios, tomando en consideración que se trata de infracciones penales de una mayor gravedad, mayor que en otras, olvidando que algunos de esos nuevos delitos que son previos al blanqueo, tienen previstas penas que caen en la categoría de delitos menos graves<sup>16</sup>.

A la vista de la regulación europea y la penal, parece que el legislador se está olvidando de la ansiada autonomía del delito de blanqueo y su significación propia. En efecto, por todos es conocido que la autonomía del delito de blanqueo no es absoluta, pero que tiene elementos y estructura típica propia<sup>17</sup>, siendo su principal característica el vínculo con el delito antecedente que genera bienes<sup>18</sup> con lo que de ellos depende su existencia. El problema es que no se termina de entender cómo después de realizarse un tratamiento positivo amplio y uniforme en el tipo básico de blanqueo, se lleve a cabo una regulación como la del tipo agravado, en la que se seleccionan determinados comportamientos delictivos por intolerables, alegando cuestiones de orden y alarma social o que las cantidades que proceden de estos delitos superan al del resto de la delincuencia o motivaciones de mayor protección del bien jurídico, sea del delito previo o del propio del blanqueo, a no ser que se hiciera para restablecer su función político criminal<sup>19</sup>, con lo que estaría recuperando su sentido originario que justifica un tratamiento jurídico específico por el especial desvalor de conductas de blanqueo cuando los bienes tienen su origen en la delincuencia más grave en cumplimiento del principio de proporcionalidad<sup>20</sup>.

Empero, no tiene justificación afirmar que los bienes jurídicos están necesitados de una protección especial al tratarse de graves formas específicas de lesión a dichos bienes, pero que no se da en otros casos; por ejemplo, cuando los bienes procedan del comercio ilegal de vida silvestre o los ataques de *ransomware* o el mercado ilegal del arte y bienes culturales<sup>21</sup>, ya que son los mismos, y ni la administración de justicia se ve más obstaculizada en su labor de perseguir los delitos, y ni siquiera se ve más afectado el funcionamiento del sistema financiero ni mayor distorsión de la economía legal con los recursos que proceden de estos delitos siendo el mismo, el orden socioeconómico, como tampoco se refuerza la tutela del bien jurídico del delito antecedente por el hecho de perseguirlo con mayor pena cuando los bienes se incorporan a la

economía legal. Y es que la razón de ser del delito de blanqueo es la procedencia delictiva del dinero, ya que el hecho del blanqueo de dinero obtenido de una actividad delictiva concreta no incorpora mayor desvalor al propio acto de blanqueo<sup>22</sup> y, además, se estaría sancionando lo mismo al recurrir para la sanción a la especificación del delito previo. En fin, este estrecho vínculo con el delito fuente hace que el tipo penal del blanqueo pierda su autonomía, estructura y contenido jurídico.

Al lado de ello, no se puede pasar por alto que el artículo 6.1 a) la Directiva configura una obligación para agravar las penas del tipo básico cuando el blanqueo se cometa en el marco de una organización delictiva. Pues bien, dando cumplimiento a la directriz europea, en el artículo 302.1 CP, y como ya es habitual, unido a la tipificación hiperagravada para las conductas de dirección, se crea un tipo agravado que se relaciona con la pertenencia a una organización dedicada aquellas actividades que constituyen las habituales de la delincuencia organizada, desde el tráfico de drogas, hasta la explotación laboral, pasando por los secuestros, el robo de objetos culturales, etc., en este caso, a las de blanqueo. Se entiende que las operaciones de gran envergadura acrecientan cuantitativamente la potencialidad lesiva de conductas delictivas cuando se llevan a cabo en su seno o a través de ellas y, en su aspecto cualitativo, por su entramado organigrama y porque utilizan procedimientos e instrumentos para asegurar la impunidad de sus actividades y de sus miembros y la ocultación de sus recursos y de los rendimientos alterando el normal funcionamiento de los mercados e instituciones<sup>23</sup>.

Al respecto, como bien dicen Ragués i Vàllea/Coca Vila, el legislador no se está refiriendo como delito antecedente al de organización criminal o su pertenencia o creación, sino a los delitos cometidos en su seno, porque en sí mismo, el delito de pertenencia a la organización criminal no genera bienes que son posteriormente susceptibles de blanqueo, como tampoco se trata de bienes que pertenecen a la organización, sino solo los concretos delitos cometidos por los miembros de la organización, esto es, aquellos que derivan de las actividades delictivas cometidas en el seno de la organización o grupo, bien porque procedan directamente de una actividad delictiva como el producto o efecto del delito, así como los beneficios o ganancias, pero no los instrumentos o los objetos del delito, o porque tengan origen mediato en una actividad delictiva al haber sido transformados. De alguna forma el tipo agravado del blanqueo vuelve a referirse a actividades delictivas de organizaciones criminales que producen bienes que son susceptibles de un posterior blanqueo, por lo que es innecesaria esta agravación, ya que la necesidad político-criminal de castigar dichos delitos ya está cubierta en los correspondientes tipos penales, así como la sanción de los bienes procedentes de los mismos<sup>24</sup>.

En estos casos, y con relación a la prueba, junto al cuadro indiciario del tipo básico de blanqueo, para sostener una acusación y condena por el tipo agravado, parece que debería construirse otro que se refiera más específicamente a la prueba del delito antecedente con el fin de cumplir con la exigencia del conocimiento sobre el origen delictivo del bien de acuerdo con el principio de culpabilidad y como manifestación del derecho de defensa, que exige una imputación concreta y detallada, para que el tipo de blanqueo no pierda su autonomía<sup>25</sup>. Por lo tanto, en el supuesto de 'autoblanqueo', parece que el conocimiento sobre el origen delictivo será relativamente fácil

<sup>16</sup> Así, Miguel Abel Souto, "Prólogo a Aspectos básicos del delito de blanqueo de dinero", en *Estudios de Derecho penal y Criminología* (Granada: Comares, 2021), XVI y ss.

<sup>17</sup> Que se refleja en que la pena no está limitada por la que corresponda al delito base, Miguel Abel Souto, "La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio", 3, o en la irrelevancia de la prescripción del delito antecedente y que no es precisa la condena previa por el delito antecedente, en Amaya Merchán González, "Aspectos significativos del delito de blanqueo de capitales", en *Revista de Jurisprudencia*, (2021), <https://elderecho.com/aspectos-significativos-del-delito-de-blanqueo-de-capitales>.

<sup>18</sup> Al respecto, Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y Eduardo Ángel Fabián Caparrós, "La emancipación del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español", en *Un Derecho penal comprometido, Libro homenaje al Profesor Dr. Gerardo Landrove Diaz* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011), 117-140.

<sup>19</sup> Entre otros, Miguel Ángel Núñez Paz, "El tipo agravado de blanqueo de dinero procedente de delitos urbanísticos", en *III Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero* (Tirant lo Blanch: Valencia, 2013), 267-280 y 275; José Manuel Lorenzo Salgado, "El tipo agravado de blanqueo cuando los bienes tengan su origen en el delito de tráfico de drogas", en *III Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero* (Tirant lo Blanch: Valencia, 2013), 223-250 y 231; Miguel Abel Souto, "Los nuevos tipos agravados de blanqueo de dinero introducidos por la Ley Orgánica 6/2021, de 28 de abril", en *Una perspectiva global del Derecho Penal: Libro homenaje al profesor Dr. Joan J. Queralt Jiménez* (España: Atelier, 2021), 401- 412.

<sup>20</sup> Vid. Selina Keesoony, "International anti-money laundering laws: the problems with enforcement", en *Journal of Money Laundering Control* 19, n.º 2 (2016): 134 y ss.

<sup>21</sup> A los que se refiere GAFI en sus últimos informes, con los que pretende advertir sobre determinadas actividades delictivas que generan millones de euros al año, subrayando el vínculo existente entre determinadas actividades y el blanqueo y financiación del terrorismo, ofreciendo indicadores de riesgo, así como la necesidad de adoptar acciones gubernamentales para mejorar la respuesta global ante tales amenazas (Financial Action Task Force, *Riesgos del Lavado de Dinero y Financiamiento al Terrorismo derivados del Tráfico de Migrantes* (París: FATF, 2022), <https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/translations/reports/Riesgos-del-lavado-de-dinero-y-financiamiento-al-terrorismo-derivados-del-trafico-de-migrantes.pdf>; Financial Action Task Force, *Countering Ransomware Financing* (París: FATF, 2023), <https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Methodsand Trends/countering-ransomware-financing.html>; o Financial Action Task Force, *Lavado de dinero y financiamiento del terrorismo en el mercado del arte y las antigüedades* (París: FATF, 2023), <https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/translations/reports/Spanish-ML-TF-Antiquities-Market.pdf>, [coredownload.pdf](https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/translations/reports/Spanish-ML-TF-Antiquities-Market.pdf)).

<sup>22</sup> Así, Dayan Gabriel López Rojas, Isnel Martínez Montenegro y María Caridad Bertot Yero, "Lavado de activos y corrupción pública. Criterios de interpretación del art. 346.3 del Código penal cubano", en *Política Criminal* 14, n.º 28 (2019): 385-410, <http://politcrim.com/wp-content/uploads/2019/12/Vol14N28A10.pdf>.

<sup>23</sup> Vid. Gonzalo Quintero Olivares, "La Criminalidad Organizada y la Función del Delito de Asociación Ilícita", en *Delincuencia Organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos* (España: Universidad de Huelva, 1999), 177 y ss.; y, Laura Zúñiga Rodríguez, "Redes Internacionales y Criminalidad: A propósito del modelo de participación en organización criminal", en *El Derecho Penal ante la Globalización* (España: Colex, 2002), 51 y ss.

<sup>24</sup> Ramon Ragués i Vallès e Ivó Coca Vila, "La organización (o grupo) criminal como delito antecedente del blanqueo de capitales", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 25-07 (2023): 1-20, y bibliografía allí citada.

<sup>25</sup> Isidoro Blanco Cordero, señala que "no basta solo con la prueba de un delito previo, sino que también ha de probarse que los bienes proceden del mismo". Isidoro Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales* (España: Thomson Reuters Aranzadi, 2015), 428.

de objetivarlo por parte del juez o tribunal, porque su autor tendrá pleno conocimiento del delito previo por su intervención personal en el hecho<sup>26</sup>, pero no tan fácil cuando el autor del blanqueo no ha intervenido en el delito antecedente, ya que aquí deberá exigirse un doble conocimiento, tanto el relativo a la procedencia delictiva como que se trate del especificado en el tipo agravado. "De no ser así, y de acuerdo con lo establecido por la jurisprudencia (vid. STS 1584/2001, 18 de septiembre), sería posible condenar por el tipo básico de probarse el conocimiento sobre la ilícita procedencia del bien, teniendo en cuenta la homogeneidad entre el básico y el agravado"<sup>27</sup>.

### III.El tipo agravado relativo a la condición del sujeto activo del delito de blanqueo: los sujetos obligados

El artículo 6.1 b) de la VI Directiva establece como circunstancia agravante vinculante que

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que, en relación con las conductas a que se refieren el artículo 3, apartados 1 y 5 [delito de blanqueo de capitales] y el artículo 4 [complicidad, inducción, tentativa], se consideren como agravantes las circunstancias siguientes:

[...] b) que el autor sea una entidad obligada en el sentido del artículo 2 de la Directiva (UE) 2015/849, y haya cometido el delito en el ejercicio de su actividad profesional.<sup>28</sup>

Es por eso por lo que la misma reforma penal de 2021 introdujo en el apartado 1 del artículo 302 un segundo párrafo:

también se impondrá la pena en su mitad superior a quienes, siendo sujetos obligados conforme a la normativa de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, cometan cualquiera de las conductas descritas en el artículo 301 en el ejercicio de su actividad profesional.<sup>29</sup>

Dentro del concepto normativo de sujeto obligado, se incluye a las personas físicas o jurídicas que se señalan en los párrafos a) al z) del artículo 2.1 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, así como su Reglamento; entre otros, las agencias de la propiedad inmobiliaria, joyerías, concesionarios de automóviles respecto a la compraventa del bien o su financiación, etc., a los que les corresponde el cumplimiento de las obligaciones previstas en sus capítulos II, III y IV, relativos a medidas de diligencia debida, obligaciones de información y control interno, respectivamente.

Efectivamente, en la normativa penal hay un interés por prever una agravación en la que se tiene en cuenta la cualidad del sujeto activo, siendo esencial que entre la actividad desarrollada por el sujeto obligado y la conducta de blanqueo se beneficie de su condición o a un tercero, que justifica la pena en su mitad superior. Ahora sí, se trata de una mejora descriptiva del tipo, en sintonía con las previstas en la VI Directiva, con la que se está respetando la creación de una circunstancia que justifica el incremento en el reproche penal, dada la importancia del bien jurídico protegido, y que responde a la especial condición, circunstancias o cualidad del sujeto activo, referida a aquellos que ejercen una actividad empresarial, comercial o económica, que por su naturaleza facilita la comisión del delito de blanqueo, en atención al contenido de la antijuricidad

<sup>26</sup> Vid. Ángela Matallín Evangelio, "El 'autoblanqueo' de capitales", en *Revista General de Derecho penal*, n.º 20 (2013): 19; y, Patricia Faraldo-Cabana, "Antes y después de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales", en *Estudios penales y criminológicos*, n.º 24 (2014): 62 y ss.

<sup>27</sup> Diego José Gómez Iniesta, "El nuevo tipo agravado de blanqueo procedente de la corrupción en los negocios", en *IX Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero: mundo digital y reformas* (Tirant lo Blanch: Santiago de Compostela, 2024), 425.

<sup>28</sup> Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva (UE) 2018/1673 relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal*, art. 6, numeral 1, literal b.

<sup>29</sup> Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva (UE) 2018/1673 relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal*, art. 302, apartado 1.

de la acción al estar en contacto directo con el dinero procedente de una actividad delictiva.

Evidentemente, cuando el sujeto obligado sea una persona jurídica, será necesario para la aplicación del artículo 302.1 CP en la atribución de responsabilidad, determinar qué personas físicas son las que pueden derivar la responsabilidad penal a la jurídica, conforme al artículo 31 bis 1. a) CP; es decir, debería tratarse de sujetos que pueden realizar las conductas en el ámbito de las funciones y los deberes específicos que establece la Ley 10/2010, tanto por sus representantes legales o por aquellos que toman decisiones en nombre de la persona jurídica o tengan funciones de organización y control, pero también los sometidos a los anteriores sujetos cuando ejercen su actividad por cuenta y en beneficio directo o indirecto del sujeto obligado.

El problema, como bien apuntan González/Requejo, es que esto entra en contradicción con lo previsto en el artículo 2.2 Ley 10/2010, cuando atribuye la responsabilidad a la persona jurídica, como sujeto obligado, cuando sean las personas físicas que actúen como empleados de la persona jurídica, con lo que las personas físicas integrantes en una persona jurídica obligada parece que nunca podrán ser los destinatarios de esta agravación<sup>30</sup>. Asimismo, teniendo en cuenta que la agravación se refiere a todos los comportamientos del artículo 301 CP, extendiéndose también a la imprudencia grave de su párrafo 3, que es aplicable a la omisión de la diligencia por parte de un hombre cuidadoso, en su aplicación práctica se identifica básicamente con los deberes recogidos en la normativa administradora sancionadora<sup>31</sup>. Si esto es así, se observa que la justificación para introducir esta agravación, esto es, cuando la acción es cometida por determinados sujetos, aquellos en los que deposita la confianza para la prevención del blanqueo por la importante actividad o profesión desarrollada (financiera o no)<sup>32</sup>, coincide con la finalidad de la legislación preventiva contra el blanqueo, por lo que es de difícil justificación que la aplicación del tipo imprudente de blanqueo por incumplimiento del deber objetivo de cuidado sea al mismo tiempo la circunstancia que conlleva la agravación, aplicándose de manera automática una pena más elevada, afectando al principio de legalidad y tipicidad<sup>33</sup>.

### IV. Reflexiones finales y una conclusión

Aunque la normativa internacional no indica que se hayan de adoptar tipos agravados como los que se han analizado, sino que se establece que el castigo de blanqueo se circunscriba a los casos más graves en cumplimiento del principio de proporcionalidad, desde Europa, a partir de la VI Directiva, en cuyo preámbulo y articulado se diferencia entre aquellas agravaciones que tienen un sentido obligatorio, como es la que se refiere a la condición de sujeto obligado, y aquellas otras potestativas según el listado de delitos que considera especialmente graves, en nuestro Código penal se recogen unos tipos que agravan el cuadro punitivo, desconociendo que cuando se crea un tipo agravado se debe agregar elementos al tipo básico para distinguir la gravedad de los comportamientos prohibidos, referidos a la peligrosidad del hecho o a la especial condición del sujeto activo o agregando elementos temporales, espaciales o medios empleados para su

<sup>30</sup> María Teresa Requejo Naveros y Lidia González Gómez, "El nuevo tipo agravado del delito de blanqueo de capitales tras la Ley Orgánica 6/2021: la concurrencia en el sujeto activo de la condición de sujeto obligado", en *Diario La Ley*, n.º 9857 (2021), <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2021/05/25/el-nuevo-tipo-agravado-del-delito-de-blanqueo-de-capitales-tras-la-ley-organica-6-2021-la-concurrencia-en-el-sujeto-activo-de-la-condicion-de-sujeto-obligado>; vid. igualmente, Miguel Abel Souto, "El nuevo tipo agravado de blanqueo en el ejercicio profesional de los obligados por la normativa de prevención, incorporado por la Ley Orgánica 6/2021, y los proveedores de servicios de cambio de moneda virtual y custodia de monederos electrónicos", en *Revista penal México*, n.º 20 (2022): 975 y ss.

<sup>31</sup> Entre otros, Isidoro Blanco Cordero, *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales. (Estudio particular de la omisión de la comunicación de las operaciones sospechosas de estar vinculadas al blanqueo de capitales)* (Granada: Editorial Comares, 1999), 198-199; Diego José Gómez Iniesta, *El delito de blanqueo de capitales en Derecho Español* (Barcelona: CEDECS, 1997), 152; Caty Vidales Rodríguez, *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997), 127.

<sup>32</sup> Así, Isidoro Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, 1463.

<sup>33</sup> María Teresa Requejo Naveros y Lidia González Gómez, "El nuevo tipo agravado del delito de blanqueo de capitales tras la Ley Orgánica 6/2021: la concurrencia en el sujeto activo de la condición de sujeto obligado".

realización<sup>34</sup>.

En este sentido, se ha desaprovechado la reforma para incluir otra agravación, y a la que no habría nada que objetar, que es aquella que en la Directiva se prevé como circunstancia potestativa, cuando dice que "el valor de los bienes objeto de blanqueo sea considerable", porque es respetuosa con los principios de ofensividad, intervención mínima y proporcionalidad de las penas<sup>35</sup>. De lo que se trataría es de imponer una mayor pena en correspondencia perfecta con la gravedad de la conducta, cuando la comisión de un delito de blanqueo se condicione al valor de los bienes que se incorporan al circuito económico legal, dando un margen al tipo básico, que ya castiga el blanqueo procedente de cualquier actividad delictiva, ya que, como señala Vidales Rodríguez:

se trata de una medida que encaja con el pretendido carácter socioeconómico de esta figura. Desde esta perspectiva, parece lógico concluir que cuanto mayor sea el caudal de bienes obtenidos de forma ilícita que se inyecte en el ciclo económico legal, mayores han de ser las distorsiones que se originen y, por ello, bien pudiera merecer un reproche más severo.<sup>36</sup>

Aun así, surgirían problemas en cuanto a la fijación del concepto "considerable" al estar delegando en jueces y tribunales la determinación de a cuánto deberían ascender las cantidades blanqueadas, con lo que para evitar la extralimitación de las competencias judiciales, en este sentido, bien pudiera tomarse como referencia la cuantía fijada en otros delitos económicos como cifra a partir de la que se podría agravar la pena, determinándose una cantidad del valor económico blanqueado a partir de la cual se considere la lesión del bien jurídico, cumpliendo con el principio de intervención mínima<sup>37</sup>.

A la espera de que en una futura y posible reforma penal se incorpore lo anterior, no está demás subrayar que, tal y como está configurado el actual delito de blanqueo de dinero, "está sirviendo como auténtico cajón de sastre, utilizado para castigar conductas que nada o poco tienen que ver con lo que constituye blanqueo de capitales"<sup>38</sup>, como es el hecho de la extensión de la agravación del tipo penal al dinero procedente de delitos que ya son sus antecedentes, en claro conflicto con los fundamentos dogmáticos, aceptados unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia<sup>39</sup>.

Y es que parece que lo que se quiere es restablecer su función político criminal originaria, esto es, la persecución del blanqueo procedente de actividades delictivas graves, que ahora se utiliza para justificar un tratamiento jurídico específico por el especial desvalor de conductas de blanqueo cuando los bienes tienen su origen en la delincuencia más grave<sup>40</sup>, que intenta

escapar a las críticas de ver en la agravación fines punitivos de la teoría absoluta de la pena, incorporando la agravación estudiada al lado de otros delitos y dándoles especial protección, que sí tienen mayor lesividad social, por la importancia del catálogo de delitos que sí protegen importantes bienes jurídicos, como los ubicados en el título VII bis, en los que se castiga la trata de seres humanos; el capítulo V del título VIII, que prevé los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y a la corrupción de menores, y, por último, cuando se refiere al título XV bis, en el que se especifican los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (artículo 318 bis), pero hasta cierto punto tampoco esto es así, ya que al hacer una remisión a títulos completos en ellos también se recogen delitos que no son graves (por ejemplo, los artículos 177 bis o 189.1 CP) y que también darán lugar a la aplicación del tipo agravado<sup>41</sup>.

En conclusión, si se excluye de las críticas aquella agravación que gira en torno a la figura de los sujetos obligados por la normativa preventiva, aunque generará problemas en su aplicación que afectarán al principio de legalidad y tipicidad, el legislador penal debería reflexionar sobre la inclusión del valor considerable de los bienes incorporados al tráfico económico, así como la permanencia del resto, porque está en juego la legitimidad penal ante la incoherencia de tipos que agravan el marco punitivo, que no se refieren al injusto, aunque se concreten en una determinada categoría de ilícitos penales, o a la culpabilidad o a la importancia de sus bienes jurídicos, y en los que no se averigua un mayor grado de reproche social y jurídico, con lo que no se justifica una pena más grave cuando se garantiza una tutela suficiente a través del tipo básico<sup>42</sup>. La expansión del delito de blanqueo responde una vez más a un contexto de irracionalidad que aleja al Derecho penal del que debería ser propio de un Estado de Derecho, porque no encuentra fundamento en un concepto material de delito protector de bienes jurídicos ni en las mencionadas garantías penales.

<sup>34</sup> Vid. Diego José Gómez Iniesta, "Blanqueo de dinero y corrupción pública", en *Libro homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero: un derecho penal humanista* (España: Boletín Oficial del Estado, BOE, 2021), 1441- 1442.

<sup>35</sup> Sobre la notoria importancia económica de los bienes objeto de esta modalidad delictiva y puestos en circulación, vid. Julio Díaz-Maroto y Villarejo, "Algunas notas sobre el delito de blanqueo de capitales", en *Revista de Derecho penal y Criminología*, n.º extra 1 (2000): 483; Raúl Pardo Geijo Ruiz, "El delito de blanqueo de capitales. El tipo del artículo 301 del código penal. Análisis, requisitos y jurisprudencia aplicable", *Noticias Jurídicas*, 02 de julio de 2020, <https://noticiasjuridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/15348-el-delito-de-blanqueo-de-capitales-el-tipo-del-articulo-301-del-codigo-penal-analisis-requisitos-y-jurisprudencia-aplicable/>.

<sup>36</sup> Caty Vidales Rodríguez, "Conductas constitutivas del delito de blanqueo. Comentario a la 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", en *Revista peruana de Ciencias penales*, n.º 34 (2020): 356.

<sup>37</sup> Isidoro Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales* (Navarra: Aranzadi, 2012), 528. Carlos Aránguez Sánchez, *El delito de blanqueo de capitales* (Madrid: Marcial Pons, 2000), 248 y ss.

<sup>38</sup> Juana del Carpio Delgado, "Sobre la necesaria interpretación y aplicación restrictiva del delito de blanqueo de capitales", en *InDret*, (2016): 6.

<sup>39</sup> Cfr. Bernardo del Rosal Blasco, "Delito fiscal y blanqueo de capitales: perspectivas ante la nueva preforma del tipo básico del delito fiscal", en *Diario La Ley*, n.º 8017 (2013): 6.

<sup>40</sup> Vid. Miguel Bajo Fernández, "El desatinado delito de blanqueo de capitales", en *Política Criminal y Blanqueo de Capitales* (Madrid: Marcial Pons, 2009), 12.

<sup>41</sup> Diego José Gómez Iniesta, "El nuevo tipo agravado de blanqueo procedente de la corrupción en los negocios", 433.

<sup>42</sup> Vid. Rafael Rebollo Vargas, "La deslegitimación de la prevención del blanqueo de capitales en España. Análisis crítico de algunos aspectos de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo", en *Revista de Derecho penal y Criminología*, n.º 10 (2013): 193 y ss.

## Bibliografía

- Abel Souto, Miguel. "La expansión penal del blanqueo operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. En *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 79 (2011).
- . "Los nuevos tipos agravados de blanqueo de dinero introducidos por la Ley Orgánica 6/2021, de 28 de abril". En *Una perspectiva global del Derecho Penal: Libro homenaje al profesor Dr. Joan J. Queralt Jiménez*. España: Atelier, 2021.
- . "Los nuevos tipos agravados de blanqueo de dinero introducidos en España por la Ley Orgánica 6/2021, de 28 de abril". En *Revista CAP Jurídica Central* 5, n.º 9 (2021): 67-75.
- . "Prólogo a Aspectos básicos del delito de blanqueo de dinero". En *Estudios de Derecho penal y Criminología*. Granada: Comares, 2021.
- . "El nuevo tipo agravado de blanqueo en el ejercicio profesional de los obligados por la normativa de prevención, incorporado por la Ley Orgánica 6/2021, y los proveedores de servicios de cambio de moneda virtual y custodia de monederos electrónicos". En *Revista penal México*, n.º 20 (2022).
- Aránguez Sánchez, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- Bajo Fernández, Miguel. "El desatinado delito de blanqueo de capitales". En *Política Criminal y Blanqueo de Capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- . "La perplejidad del intérprete ante el blanqueo de capitales: límites del concurso real y alcance de la acción". En *El delito de Lavado de activos. Aspectos sustantivos, procesales y de política criminal*. Lima: Grijley, 2017.
- Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y Eduardo Ángel Fabián Caparrós. "La emancipación del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español". En *Un Derecho penal comprometido, Libro homenaje al Profesor Dr. Gerardo Landrove Díaz*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- Blanco Cordero, Isidoro. *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales. (Estudio particular de la omisión de la comunicación de las operaciones sospechosas de estar vinculadas al blanqueo de capitales)*. Granada: Editorial Comares, 1999.
- . *El delito de blanqueo de capitales*. Navarra: Aranzadi, 2012.
- . *El delito de blanqueo de capitales*. España: Thomson Reuters Aranzadi, 2015.
- Buchanana, Bonnie. "Money laundering – a global obstacle". En *Research in International Business and Finance* 18, n.º 1 (2004): 115-127.
- Cabeza Pérez, Raquel. "Los estándares del FAFT: ¿recomendación u obligación?". En *Blanqueo de capitales y corrupción. Interacciones para su erradicación desde el derecho internacional y los sistemas nacionales*. España: Thomson Reuters Aranzadi, 2017.
- Del Carpio Delgado, Juana. "La normativa internacional del blanqueo de capitales: análisis de su implementación en las legislaciones nacionales. España y Perú como caso de estudio". En *Estudios penales y criminológicos* 35, (2015). [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20171208\\_01.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20171208_01.pdf).
- . "Sobre la necesaria interpretación y aplicación restrictiva del delito de blanqueo de capitales". En *Indret*, (2016).
- Del Rosal Blasco, Bernardo. "Delito fiscal y blanqueo de capitales: perspectivas ante la nueva preforma del tipo básico del delito fiscal". En *Diario La Ley*, n.º 8017 (2013).
- Díaz-Maroto y Villarejo, Julio. "Algunas notas sobre el delito de blanqueo de capitales". En *Revista de Derecho penal y Criminología*, n.º extra 1 (2000).
- España. *Convención De Las Naciones Unidas Contra La Corrupción*. Boletín Oficial del Estado, 29 septiembre 2003. [www.boe.es/boe/dias/2006/07/19/pdfs/A27132-27153.pdf](http://www.boe.es/boe/dias/2006/07/19/pdfs/A27132-27153.pdf).
- . *Convención de las Naciones Unidas Contra La Delincuencia Organizada Transnacional*. Boletín Oficial del Estado, 29 septiembre 2003. [www.boe.es/boe/dias/2003/09/29/pdfs/A35280-35297.pdf](http://www.boe.es/boe/dias/2003/09/29/pdfs/A35280-35297.pdf).
- . *Convenio Relativo Al Blanqueo, Seguimiento, Embargo Y Comiso De Los Productos Del Delito y a La Financiación Del Terrorismo*. Boletín Oficial del Estado, 26 de junio de 2010. <https://www.boe.es/boe/dias/2010/06/26/pdfs/BOE-A-2010-10146.pdf>.
- Faraldo-Cabana, Patricia. "Antes y después de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales". En *Estudios penales y criminológicos*, n.º 24 (2014).
- Financial Action Task Force. *Annual report 2010-2011*. Paris: FATF Secretariat, 2013. <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/Guidance-PEP-Rec12-22.pdf>.
- . *Countering Ransomware Financing*. Paris: FATF, 2023. <https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Methodsandtrends/countering-ransomware-financing.html>.
- . *Lavado de dinero y financiamiento del terrorismo en el mercado del arte y las antigüedades*. Paris: FATF, 2023. <https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/translations/reports/Spanish-ML-TF-Art-Antiquities-Market.pdf.coredownload.pdf>.
- . *Riesgos del Lavado de Dinero y Financiamiento al Terrorismo derivados del Tráfico de Migrantes*. Paris: FATF, 2022. <https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/translations/reports/Riesgos-del-lavado-de-dinero-y-financiamiento-al-terrorismo-derivados-del-trafico-de-migrantes.pdf>.
- Gómez Iniesta, Diego José. *El delito de blanqueo de capitales en Derecho Español*. Barcelona: CEDECS, 1997.
- . "Blanqueo de dinero y corrupción pública". En *Libro homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero: un derecho penal humanista*. España: Boletín Oficial del Estado, BOE, 2021.
- . "El nuevo tipo agravado de blanqueo procedente de la corrupción en los negocios". En *IX Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero: mundo digital y reformas*. Tirant lo Blanch: Santiago de Compostela, 2024.
- González Uriel, Daniel. "La reforma del delito de blanqueo de dinero llevada a cabo por la LO 6/2021". *Actualidad, Asociación profesional de la magistratura*, 15 junio 2021. [https://apmnacionales/actualidad/la-reforma-del-delito-de-blanqueo-de-dinero-llevada-a-cabo-por-la-lo-62021\\_por-daniel-gonzalez-uriel/](https://apmnacionales/actualidad/la-reforma-del-delito-de-blanqueo-de-dinero-llevada-a-cabo-por-la-lo-62021_por-daniel-gonzalez-uriel/).
- Keesoony, Selina. "International anti-money laundering laws: the problems with enforcement". En *Journal of Money Laundering Control* 19, n.º 2 (2016).
- López Rojas, Dayan Gabriel, Isnel Martínez Montenegro y María Caridad Bertot Yero. "Lavado de activos y corrupción pública. Criterios de interpretación del art. 346.3 del Código penal cubano". En *Política Criminal* 14, n.º 28 (2019): 385-410. <http://politcrim.com/wp-content/uploads/2019/12/Vol14N28A10.pdf>.
- Lorenzo Salgado, José Manuel. "El tipo agravado de blanqueo cuando los bienes tengan su origen en el delito de tráfico de drogas". En *III Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2013.
- Matallín Evangelio, Ángela. "El 'autoblanqueo' de capitales". En *Revista General de Derecho penal*, n.º 20 (2013): 19.
- Merchán González, Amaya. "Aspectos significativos del delito de blanqueo de capitales". En *Revista de Jurisprudencia*, (2021). <https://elderecho.com/aspectos-significativos-del-delito-de-blanqueo-de-capitales>.
- Núñez Paz, Miguel Ángel. "El tipo agravado de blanqueo de dinero procedente de delitos urbanísticos". En *III Congreso sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2013.
- Pardo Geijo Ruiz, Raúl. "El delito de blanqueo de capitales. El tipo del artículo 301 del código penal. Análisis, requisitos y jurisprudencia aplicable". *Noticias Jurídicas*, 02 de julio de 2020. <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/15348-el-delito-de-blanqueo-de-capitales-el-tipo-del-articulo-301-del-codigo-penal-analisis-requisitos-y-jurisprudencia-aplicable/>.
- Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. *Directiva (UE) 2018/1673 relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal*, 23 de octubre de 2018. <https://www.boe.es/doue/2018/284/L00022-00030.pdf>.
- Quintero Olivares, Gonzalo. "La Criminalidad Organizada y la Función del Delito de Asociación Ilícita". En *Delincuencia Organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*. España: Universidad de Huelva, 1999.
- Ragués i Vallès, Ramon e Ivó Coca Vila. "La organización (o grupo) criminal como delito antecedente del blanqueo de capitales". En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 25-07 (2023).
- Rebollo Vargas, Rafael. "La deslegitimación de la prevención del blanqueo de capitales en España. Análisis crítico de algunos aspectos de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo". En *Revista de Derecho penal y Criminología*, n.º 10 (2013).
- Requejo Naveros, María Teresa y Lidia González Gómez. "El nuevo tipo agravado del delito de blanqueo de capitales tras la Ley Orgánica 6/2021: la concurrencia en el sujeto activo de la condición de sujeto obligado". En *Diario La Ley*, n.º 9857 (2021). <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2021/05/25/el-nuevo-tipo-agravado-del-delito-de-blanqueo-de-capitales-tras-la-ley-organica-6-2021-la-concurrencia-en-el-sujeto-activo-de-la-condicion-de-sujeto-obligado>.
- Rusanov, Georgy y Yury Pudovochkin. "Money laundering in the modern crime system". En *Journal of money laundering control* 24, n.º 4 (2021).
- Silva Sánchez, Jesús María. "Expansión del Derecho penal y blanqueo de capitales", en *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- Urbaneja Cillán, Jorge. "Renovadas medidas de la Unión Europea relativas a la sanción penal del blanqueo de capitales: la Directiva 2018/1673". En *Revista general de derecho europeo*, n.º 48 (2019): 230-247. <https://web.ua.es/es/ciee/documentos/j-urbaneja-publicaciones/renovadas-medidas.pdf>.
- Vidales Rodríguez, Caty. *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997.
- . "Conductas constitutivas del delito de blanqueo. Comentario a la 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". En *Revista peruana de Ciencias penales*, n.º 34 (2020).
- Zúñiga Rodríguez, Laura. "Redes Internacionales y Criminalidad: A propósito del modelo de participación en organización criminal". En *El Derecho Penal ante la Globalización*. España: Colex, 2002.

Algunas consideraciones sobre el

# AUTOBLANQUEO EN EL CODIGO PENAL ESPAÑOL



Daniel González Uriel<sup>1</sup>

## 1. Introducción

La figura del autoblanqueo, su punición y la posible vulneración de principios esenciales del Derecho y del proceso penal son algunas de las cuestiones que han centrado los debates doctrinales en torno a esta conflictiva institución. No se puede pasar por alto que el blanqueo de bienes se emplea, en ocasiones, como un tipo de recogida, subsidiario o de sospecha, en que tiene cabida casi cualquier contacto, por nimio que sea, con bienes de procedencia sospechosa. Existe una reprobable tendencia a aplicar instrumentalmente el delito de blanqueo, engrosando, de modo indebido e innecesario, el elenco de delitos que se atribuyen a una persona, lo que se debe conectar con los mayores plazos de prescripción del delito de lavado, con las dudas en el inicio del *dies a quo* de la prescripción en algunas modalidades de este delito y con la necesidad de robustecer calificaciones jurídicas endebles o que no se sustentan en indicios de criminalidad vigorosos. En este sentido, la posibilidad de castigar al autor del delito fuente, además de por este, por el ulterior lavado de los bienes obtenidos, constituye un aspecto polémico.

<sup>1</sup> Magistrado. Doctor en Derecho. Letrado en el Gabinete Técnico de la Sala 2ª del Tribunal Supremo. Profesor (acr.) contratado doctor. Profesor asociado de Derecho Penal en la Universidad Pontificia Comillas (ICADE). Profesor en el Máster en Derecho Penal Económico de UNIR.

El delito de blanqueo, por la tendencia expansionista –de corte internacional– que experimenta, origina problemas concursales en su aplicación práctica, tanto de concursos de infracciones como de normas. En muchas ocasiones no resulta sencillo determinar cuándo nos hallamos ante actos de agotamiento del delito fuente, y cuándo comienzan conductas que puedan ser reputadas como de ocultación, enmascaramiento y afloramiento de bienes. Se entremezclan cuestiones de parte general del Derecho Penal, como el privilegio del autoencubrimiento, la ausencia de exigibilidad de otra conducta, la ausencia de antijuridicidad material, la presencia de actos copenados impunes, la no conculcación del principio de ofensividad o la consunción de la infracción posterior en el delito fuente. Todos estos elementos ponen de manifiesto la complejidad del terreno en que nos movemos. A su vez, ello ha de ser tamizado por los principios de culpabilidad y de proporcionalidad. Hemos de anotar las severas penas con que el texto punitivo español reprime el delito de blanqueo de dinero –de seis meses a seis años de prisión–. Además, en ocasiones resulta sumamente distorsionador que se pueda penar más severamente por el ulterior blanqueo que por el delito del que dimanaban los bienes.

En esta contribución<sup>2</sup> se pretende exponer una panorámica sobre la figura del autoblanqueo en España. La finalidad es atender a las principales posturas doctrinales, destacar sus ideas esenciales y, en resumidas cuentas, suministrar una serie de criterios hermenéuticos de restricción del alcance de una modalidad de lavado de activos que, pese a ser admitida legal y jurisprudencialmente, origina notables disfunciones interpretativas, por cuanto comporta el solapamiento de conductas y la posible quiebra de principios y garantías esenciales.

## 2. Principales aportaciones doctrinales

### 2.1. Autores contrarios a la formulación del autoblanqueo en el CP

Como se desprende de su propia denominación, y en formulación sintética, podemos referir que se trata de un delito de blanqueo de dinero que es cometido por el propio autor del delito antecedente. Su inclusión expresa en el Código Penal (CP) se produjo mediante la Ley Orgánica (LO) 5/2010, constituyendo una de las modificaciones más contestadas del texto punitivo –junto con la introducción de las modalidades de poseer y utilizar los bienes–. Con anterioridad a su tipificación expresa, la doctrina y la jurisprudencia se habían mostrado discrepantes a propósito de su admisibilidad. Entre los autores que se oponían de modo frontal a esta posibilidad podemos citar a Cobo del Rosal y a Zabala López-Gómez<sup>3</sup>, quienes criticaban la “confusa” determinación de los sujetos en el delito de blanqueo, lo que les llevaba a predecir una “difusa” interpretación por los tribunales. Ante la redacción del artículo 301 CP, rechazaban que el autor del delito fuente pudiese cometer el blanqueo ulterior de los bienes dimanantes, sobre la base del principio de taxatividad penal. Destacaban que en Alemania se excluía de modo expreso dicha posibilidad. Agregaban que la cuestión ya fue tratada en el art. 6.2.b)<sup>4</sup> de la Convención del Consejo de Europa relativa al blanqueo de 1990, que recogía esta opción, eso sí, permitiendo a los países miembro elegir su tipificación o no. Motivaban su rechazo en que el delito de lavado “constituye un mero agotamiento de la conducta delictiva en la mayoría de los casos”, por lo que nos situaríamos en la esfera del “privilegio del autoencubrimiento”, lo que conectaban con que la mayoría de los tipos base que generan grandes beneficios económicos “serían difícilmente imaginables en casos en que faltase el ánimo de lucro”, por lo que se trataría de un doble castigo de la misma

conducta. Entendían que había de estarse al autoencubrimiento impune, que es “lo que hace el autor del delito previo cuando trata de dar apariencia de legalidad al dinero generado por el hecho delictivo”, por lo que sería de aplicación el concurso de normas del artículo 8.3 CP.

Matizaban dichos autores que, como el Alto Tribunal había descartado este autoencubrimiento impune porque la conducta ulterior atacaba un bien jurídico distinto, habría que atender a la doctrina de los “actos copenados”, describiéndolos como “actos cuya sanción penal ya está comprendida en la pena principal”. En cuanto al tráfico de drogas como delito base –el caso más usual en la práctica–, proponían la suficiencia de sus penas, con base en el principio de proporcionalidad y, a lo sumo, su agravación mediante la apreciación de la circunstancia de precio, recompensa o promesa. Anhelaban la equiparación en este punto con la receptación –que sí excluía de modo expreso al autor del delito previo–, y concluían que el legislador había optado por la delimitación jurisprudencial del tipo, si bien advertían de que la jurisprudencia al respecto era contradictoria.

<sup>2</sup> Este trabajo constituye una síntesis, revisión y actualización de otra publicación anterior en que tratamos el autoblanqueo de la cuota tributaria defraudada; a este respecto, y para profundizar en dicha materia, vid. Daniel González Uriel, *Relaciones entre el delito de blanqueo de dinero y el delito de defraudación tributaria* (Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2022).

<sup>3</sup> Miguel Cobo del Rosal y Cristina Zabala López-Gómez, *Blanqueo de capitales. Abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios* (Madrid: CESEJ, 2005), 95-99.

<sup>4</sup> El artículo 6.2.b) de la Convención de Estrasburgo de 1990 prescribía: “2. A los efectos de la ejecución o aplicación del párrafo 1 del presente artículo: [...] b) puede establecerse que los delitos previstos en dicho párrafo no sean de aplicación para las personas que cometieron el delito principal”. Consejo de Europa, *Convenio del Consejo de Europa sobre blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito*, 8 de noviembre de 1990.





Faraldo Cabana<sup>5</sup> realiza un interesante análisis del autoblanqueo y consigna que, antes del año 2010, las tesis que negaban su viabilidad se sustentaban en la ya mencionada teoría de los actos copenados impunes y, en segundo lugar, en el principio general de la inexigibilidad de una conducta distinta, ya que "no se puede castigar al delincuente por encubrir el origen ilícito de los bienes derivados de su actividad delictiva, pues ello equivaldría a exigirle que declarase contra sí mismo". No obstante, dicha autora ya apostaba, antes de la tipificación expresa, por la postura alternativa, admitiendo la viabilidad de su punición, por varias razones: i) si se atendía a su carácter pluriofensivo, la consecuencia natural es que el blanqueo no queda consumido en el delito base. ii) El delito previo no absorbía el desvalor del blanqueo, dado que este podía ser sancionado con una pena superior a aquel. iii) El legislador no había descartado expresamente esta posibilidad, como sí hizo en la receptación y en el encubrimiento. iv) Los textos internacionales admitían esta posibilidad, tanto el Convenio de Estrasburgo citado, como el de Varsovia –artículo 9.2.b)–, que le sustituyó, o las Convenciones de Palermo –artículo 6.2.e)– y de Mérida –artículo 23.2.e)–, de la ONU. v) El principio del autoencubrimiento impune conllevaba, como excepción, que no se cometiese un nuevo delito, lo que se producía en el blanqueo.

Para contrarrestar los reproches basados en la penalidad excesiva a que conducía la incriminación del autoblanqueo, Faraldo Cabana explica que no cabía incluir sin más el blanqueo en el ámbito del agotamiento del delito previo, ya que el simple agotamiento se puede observar en "el mero disfrute del beneficio ilícitamente obtenido o su transformación en bienes de consumo que aprovecha directamente el interviniente en el delito previo", porque en tales supuestos no se obstaculiza su detección por la Administración de Justicia; por el contrario, estaríamos ante un concurso real "cuando ese beneficio sirve de base para una actividad comercial o de inversión". Asimismo, añade que la tesis favorable al castigo del autoblanqueo se había impuesto en la jurisprudencia de la Sala 2ª del TS, sobre todo, desde la adopción del Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2ª de 18 de julio de 2006, que de modo escueto plasmaba: "el artículo 301 del Código Penal no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente". Con todo, introduce dicha autora una excepción, aseverando que no se podía extender la posibilidad del autoblanqueo en el supuesto de que el autor del delito previo pudiese ser sancionado por la conducta contenida en el artículo 301.2 CP, que castiga a los que lleven a cabo "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"<sup>6</sup>. Opina que "no cabe utilizar los mismos argumentos", ya que el objeto material viene representado por "bienes que proceden de un delito de blanqueo o de un acto de participación en él". Así, dado que las modalidades de conducta son encubrir o utilizar, mientras que en el primer apartado se enuncian conductas tendentes a un resultado, en este segundo se sanciona la obtención de dicho resultado, por lo que se trata de la segunda fase del blanqueo de bienes y, en consecuencia, sería un encubrimiento específico y si se realiza por la misma persona que cometió el delito previo, este no recibía una sanción autónoma –plasma, a su vez, la discrepancia doctrinal a propósito de si el concurso de normas entre ambos preceptos opera la consunción a favor del apartado 1 o del 2, tomando partido a favor de este último–.

Como hemos adelantado, la LO 5/2010 vino a consagrar lo que sustentaba un importante sector doctrinal y la jurisprudencia mayoritaria, es decir, la posibilidad de que el autor del delito previo cometa el ulterior blanqueo de los bienes dimanantes de dicha actividad delictiva. Ello se fijó en el apartado 1 del artículo 301 CP, en los siguientes términos: "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 [...]"<sup>7</sup>. En su análisis nos detendremos en el importante trabajo de Matallín Evangelio<sup>8</sup>. Dicha autora anota que, hasta ese momento, el tratamiento jurisprudencial de la figura había sido "ambiguo". Asevera que la reforma fue objeto de duras críticas en este punto, fundamentalmente, por lo que suponía de vulneración del principio *ne bis in idem*. Subraya que la normativa internacional no imponía la obligación de su tipificación expresa. Explica que, en todo caso, la punición resultaba posible a través de la vía indirecta del apartado 2 del artículo 301 CP, en la medida en que supusiese "la realización de cualquier otro acto, distinto de la adquisición, conversión o transmisión de los bienes derivados del delito, para ocultar o encubrir su origen ilícito"<sup>9</sup>. Ahonda en la polémica cuando aborda su tratamiento constitucional, puesto que señala que han sido "diversos" los problemas de dicha índole. A su juicio, no puede llevarse a cabo un planteamiento general de la cuestión, sino que "debe analizarse específicamente en función de la tipología del delito precedente y de la concreta forma de conducta ante la que nos encontremos", lo que se ve agravado por la "deficiente técnica legislativa" que se sigue en la legitimación de fondos. Expresa que debería haberse seguido el modelo de configuración del blanqueo en el Convenio de Estrasburgo, y concluye que la mejor opción hubiera sido la no incriminación expresa del autoblanqueo, "ya que no existía compromiso supranacional al efecto". Sin embargo, a la luz del principio de vigencia, estudia las conductas de blanqueo que se pueden cometer por el partícipe en el delito principal.

Continúa Matallín Evangelio detallando de modo pormenorizado la cuestión en cada una de las modalidades comisivas del blanqueo: i) en cuanto a la "adquisición" de los bienes, zanja que ha de reservarse al no partícipe en el delito previo, dada la tipificación expresa de la posesión, porque supondría un "contrasentido" con la exigencia de conocimiento del origen delictivo de los bienes y porque no viene impuesta por ningún texto normativo internacional. A su vez, la imposición de una pena por blanqueo al autor del delito es calificada como inconstitucional, por la vulneración del principio *ne bis in idem*, puesto que la adquisición "formaría parte de la dinámica comisiva del delito precedente", por lo que no se debe sancionar de modo independiente.

ii) Por lo que hace a su "posesión", razona que ha de tomarse en consideración la "tipología del delito precedente", por lo que, si se trata de un delito patrimonial que requiera apoderamiento –v. gr., el robo–, la posesión ya forma parte del comportamiento típico y no es dable su valoración separada. En otras tipologías delictivas, tales como tráfico de drogas o cohecho, la posesión de los bienes que de ellos se deriven es reputada por dicha autora como un acto posterior impune, que se tiene en cuenta en el delito previo, de ahí que, para evitar la doble sanción por los mismos hechos, excluya su sanción autónoma. No obstante, aprecia que no nos hallamos en tales casos ante un autoencubrimiento impune porque tal conducta "no es apta para ocultar su delito previo".

También en relación con la posesión, efectúa una disertación sobre la categoría de los actos copenados o impunes, que conecta con el principio de consunción –artículo 8.3 CP– y que define de la siguiente manera: "aquella realización típica que subsigue a un delito previo –*lex consumens*– y que supone bien la utilización o aprovechamiento del resultado ilícito del hecho precedente, bien su sostén o aseguramiento". Reconoce que es una categoría discutida, sin soluciones uniformes, y concluye que "su realidad, que exige evitar la reprobación del hecho posterior, cuando ya se encuentra contenida en el hecho principal, solo permite la resolución de su problemática atendiendo al caso concreto". En este supuesto, defiende que la posesión de los bienes es un "acto de aprovechamiento o utilización", que se encuentra "inmerso en la dinámica comisiva del delito e integrado en la fase de agotamiento", por lo que no se debe penar de forma separada. Agotamiento que carece de "valor sistemático propio", por lo que va inescindiblemente ligado al delito previo, pero que presenta como mayor dificultad su diferenciación "con otras

<sup>5</sup> Patricia Faraldo Cabana, "Antes y después de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales", *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 34 (2014): 44-54.

<sup>6</sup> España, *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, art. 301 numeral 2.

<sup>7</sup> España, *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, art. 301, numeral 1.

<sup>8</sup> Adán Matallín Evangelio, "El 'autoblanqueo' de capitales", *Revista General de Derecho Penal*, n.º 20 (2013): 18-44. (Cursivas en el original).

<sup>9</sup> España, *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, art. 301, numeral 2.

categorías conductuales que sí deben constituir un nuevo delito". No obstante, en el caso de la posesión, su condición de agotamiento está "fuera de toda duda".

Prosigue con la enumeración de otros problemas constitucionales que plantea el autoblanqueo: el primero de ellos es la exigencia del conocimiento del origen delictivo de los bienes mediante la fórmula "a sabiendas" del artículo 301 CP, lo que dificulta su apreciación en relación con la adquisición, la posesión, la utilización, la conversión o la transmisión. En segundo lugar, cita como impedimento la existencia de los tipos agravados de blanqueo por razón del delito previo, toda vez que si se sancionase al autor de éste por el autoblanqueo subsiguiente se incurriría en un *bis in idem*. A su juicio, la agravación solo tiene sentido en relación con el sujeto que no ha participado en el delito fuente y, sobre todo, en relación con la posesión, una solución contraria supondría una doble vulneración del principio *ne bis in idem*. El tercer argumento se conecta con el principio de proporcionalidad: si se penase de modo más grave la posesión de los bienes que el delito previo del que proceden se daría "la paradoja de que la pena por poseerlos fuera superior a la establecida por la comisión del delito principal", con infracción del principio alegado. La cuarta idea tiene relación con el principio de ofensividad, que se ve afectado y que constituye el primer momento o estadio del principio de proporcionalidad; para dicha autora, al no verse afectado el bien jurídico tutelado con la conducta de poseer, no debería estar tipificada. En último lugar, critica que se ha operado una "extralimitación inadmisibles" de lo pautado en la normativa internacional, donde no se exigía la tipificación del autoblanqueo por posesión. No obstante, reconoce que la jurisprudencia del TS, desde el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª de 18 de julio de 2006, que ya hemos transcrito, admite el concurso real.

Matallín Evangelio avanza un paso más en su didáctica exposición y analiza iii) la modalidad de "utilización" y la viabilidad de que se dé en ella el autoblanqueo. Discrimina entre la utilización de los bienes conforme a su destino y las conductas que se dirigen a obtener el máximo provecho o rendimiento de ellos, y concluye que esta última comprensión ya se halla ínsita en otra dinámica comisiva del mismo apartado 1, por lo que se centra en el uso conforme al destino del bien. Refiere que la problemática constitucional que plantea la utilización de los bienes es idéntica a la de su posesión, por lo que se remite a los argumentos anteriores, en especial, llama la atención sobre su condición de acto de agotamiento del delito principal. Cita de modo expreso la paradoja que se da en el caso del delito fiscal si se pena el autoblanqueo por utilización: la pena del blanqueo es superior a la de la defraudación tributaria, lo que no es coherente con el principio de proporcionalidad, puesto que se sanciona "con pena superior la utilización de los bienes derivados del delito que la propia comisión del mismo".

Por otro lado, en cuanto a iv) la "conversión" o "transmisión" de los bienes, arguye que puede tratarse, en ambos casos, de un "autoencubrimiento impune", dado que son aptas para ocultar el delito previo. No obstante, modula el alcance de dicha aseveración al decir que no toda conversión o transformación realizada por el partícipe en el delito base tendrá cabida en la figura reseñada, sino que "la impunidad de su conducta autoencubridora quedará limitada a aquella transformación o transferencia orientada por dicha finalidad que no realice otra figura delictiva –por falta de alguno de sus elementos o por quedar desplazada por otra distinta–", por lo que las restantes sí podrían dar lugar a un blanqueo; a su vez, la impunidad no se extendería a otras posibles figuras delictivas que se pudiesen cometer con posterioridad al blanqueo. Desarrolla después los actos de autoencubrimiento, matizando que el hecho de evitar el descubrimiento del delito previo, asegurando el aprovechamiento de los bienes derivados de él, no sería punible según el artículo 451 CP, a no ser que la conducta constituya una "figura delictiva distinta", si bien apostilla que ésta "quedaría excluida por ausencia de cualquiera de sus elementos o por quedar absorbida por otra figura precedente (consunción), que contempla de modo total el desvalor que el ordenamiento atribuye (a) la conducta que realiza la figura subsiguiente". De ello infiere que, si tales actos de aseguramiento del delito principal se encuentran valorados y copenados con él, no habría responsabilidad por blanqueo, so riesgo de caer en el *bis in idem*.

Reconoce Matallín Evangelio las objeciones que se pueden formular a dicho planteamiento, comenzando por la "desproporción" que supone autoencubrirse cometiendo un delito de mayor gravedad que el encubierto o, incluso, llegando a cometer varios delitos posteriores, con el pretexto del autoencubrimiento. En esta crítica se incluiría el caso de la relación entre el delito fiscal y el blanqueo, ya que este tiene una pena mayor. No obstante, asume la discrepancia y reconoce que "resulte preferible esa tacha de proporcionalidad" antes que "la 'desproporción' que se produciría en esos mismos supuestos (ocasionales), sancionando la conversión o transmisión de los bienes derivados del propio delito con la pena correspondiente al delito de blanqueo", ya que, en este caso, tal desproporción se uniría a la vulneración del principio *ne bis in idem*, con lo que sería mayor la ilegitimidad de su doble sanción. Además, añade una crítica adicional a la interpretación que propugna: la lesión de un bien jurídico distinto en el delito base y en el blanqueo. A ello responde que "resulta cuestionable la afección relevante del bien jurídico protegido en el delito de blanqueo como consecuencia de la realización de una sola conversión/transmisión autoencubridora para aprovechar/asegurar los bienes derivados del delito", puesto que con estas conductas no se hace sino "profundizar en la línea de ofensa del delito precedente". Lleva a cabo, a continuación, una puntualización de la mayor relevancia cuando detalla que su interpretación de las conductas autoblanqueadoras de conversión y de transmisión no es extensible a las acciones "desconectadas de una finalidad autoencubridora y de aprovechamiento, ínsitas en redes de delincuencia organizada, que incluyen mecanismos de blanqueo de sus propias conductas delictivas", ya que en tales casos sí habrá "lesión trascendente del bien jurídico" tutelado en el delito de lavado, por lo que estaremos ante una "finalidad organizativa de lucro que excederá de su consideración copenada".

En cuanto a la cláusula abierta del artículo 301.1 CP, iv) la realización de "cualquier otro acto" para ocultar o encubrir, dicha autora califica como "difícil" que pueda ser cometido por el partícipe en el delito fuente, debido a su "amplitud" y a la "imprecisión", así como a "la exigencia del carácter distintivo que debe mediar entre ambos grupos de conductas". Le achaca "serias dificultades de concreción", su carácter "indeseable desde la óptica del principio de legalidad" y que, tras la reforma del año 2010 y la introducción de nuevas modalidades típicas, "carece de sentido".

En último lugar, sobre v) las modalidades de conducta del artículo 301.2 CP, resuelve Matallín Evangelio que su realización por el autor o cómplice del delito previo "no resulta posible", ya que, en primer lugar, la exigencia de que el autor lo haga "a sabiendas" de que procede de un previo delito de blanqueo resulta un contrasentido. Añade que no sería posible que quien realiza alguna de las conductas del apartado 1 lleve a cabo también las del 2, ya que nos encontraríamos ante un acto copenado; a lo sumo podría apreciarse "la continuidad delictiva por blanqueo de capitales del 301.1 C.P., en su caso, pero no la aplicación de las conductas del número segundo".

Dentro de este sector doctrinal contrario a la formulación del autoblanqueo en el texto punitivo ocupa un lugar preeminente Quintero Olivares<sup>10</sup>, quien efectúa una oposición frontal y rotunda a su configuración. Inicia su explicación subrayando que el origen del blanqueo se encuentra en "la insuficiencia del régimen de la receptación", delito que prevé un beneficio para el receptor, a diferencia del lavado, en el que "prima la ayuda al que necesita colocar en el mercado honesto lo que tiene origen delictivo". Sin embargo, enumera una serie de notas comunes a ambos tipos: i) "uno y otra presuponen un delito precedente que ha producido ganancias a sus autores", que ii) ese delito previo es conocido por el receptor o el blanqueador y que iii) se trata de "intervenciones post-delictivas que dan lugar a un nuevo delito que comete alguien que no ha tenido intervención en el delito precedente", puesto que si se diese esta última, "el significado penal de esa conducta sería otro diferente (participación y agotamiento ulterior)". Tras advertir la "desmesura" de la legislación española en materia de blanqueo, destaca que este tipo está ligado a la *previa* comisión de otros delitos, en el aspecto cronológico, por lo que la regulación

<sup>10</sup> Gonzalo Quintero Olivares, "Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 12 (2010): 8-12, <http://criminet.ugres/recpc/12/recpc12-r2.pdf>. (Cursivas en el original).

legal anterior al año 2010 mostraba "sin especiales esfuerzos interpretativos" que el destinatario de la norma era "una persona diferente de la que ha conseguido dinero o bienes cometiendo un delito". Ello le lleva a especificar que el aprovechamiento total de los frutos de un delito constituye "parte del agotamiento material de la infracción", lo que "siempre" se había considerado un acto copenado con el delito precedente.

Abunda en la materia del agotamiento y de modo didáctico desarrolla que, en otros ordenamientos jurídicos, se incardina en el ámbito de la participación; por el contrario, en el sistema español, la fase de agotamiento "es el presupuesto típico del favorecimiento, el encubrimiento, la receptación y el blanqueo", que se conciben como conductas post-delictivas. De esta manera, replica que los autores del delito previo son sujetos distintos de los que llevan a cabo esos delitos post-delictivos, o al menos "esa es la regla". Regla que se "cruzó" cuando se admitió la teoría del *acuerdo previo*, a través de la cual quienes intervienen en el delito con posterioridad a su comisión pueden ser reputados autores si su participación "había sido pactado antes". Con ello "se ampliaba el círculo de partícipes", pero sin base legal. No obstante, aunque reprocha lo "discutible" de dicha doctrina, cuya finalidad sitúa en "ascender a partícipes en el delito", detalla que en el autoblanqueo la situación es la contraria, ya que hace "punible la intervención postdelictiva de los propios autores y partícipes". Consta a continuación que puede haber supuestos en los que "en el proceso de blanqueo", las ganancias derivadas de delitos –significadamente el tráfico de drogas– entren en el circuito económico a través de "nuevos delitos", y que sean los propios autores de los delitos previos los que los lleven a cabo, si bien podría darse "el supuesto de operaciones de blanqueo en las que la calificación de delito no fuera tan evidente", lo que, según la reforma del año 2010, podría llevar a afirmar la existencia de una pluralidad de operaciones de blanqueo o, incluso, de un delito continuado, y razona que "la transformación de esas acciones en delictivas puede resultar excesiva". Por todo lo dicho concluye que el legislador español "tendría que precisar mejor los elementos del tipo que deben concurrir cuando el autor es el propio generador del 'dinero sucio'", lo que justifica en que, cuando es un tercero quien ayuda, "la esencia de lo injusto se centra en su conocimiento del origen y de que está ayudando a un delincuente", lo que diverge de la tipificación del autoblanqueo punible, a lo que se unen "las consecuencias punitivas derivadas de la apreciación de dos delitos".

En un trabajo posterior, Quintero Olivares<sup>11</sup> reitera sus postulados. Inicialmente reconoce el carácter "imprescindible" del autoblanqueo en la lucha contra la criminalidad organizada y la corrupción, y advierte de su "modesto" objetivo: la "indicación de la perversión de su aplicación". Concibe por tal "perversión" que el lavado se convierta en una "sanción adicional" en un sinfín de conductas, y anota los riesgos que algunas interpretaciones conllevan para "el Estado de Derecho, la seguridad jurídica, la proporcionalidad y el principio *non bis in idem*", cifrados en que cualquier calificación acusatoria se acompañe, como "postre natural" de la "imputación por blanqueo". No obstante, retoma el tono duro cuando escribe que el legislador español ha optado por una "senda que conduce a una mala disyuntiva": o bien, que el blanqueo se aplique en un "elenco irracional de supuestos" o, como alternativa, "prescindir de aplicarlo en otra amplia gama de casos", con lo que se hace un "flaco favor" a la lucha contra la criminalidad organizada, que fue "la causa de su nacimiento", como recuerda. Tras reconocer que la redacción actual se deriva de los compromisos internacionales, aprecia que se trata de una descripción "abigarrada", que podría aligerarse si se contemplase una definición unitaria "que primara la orientación de la conducta a la evitación de que se detectara el origen de los bienes". Avanza en su análisis y adjetiva como una de las "decisiones más desafortunadas" de la reforma del año 2010 la incriminación de la posesión y de la utilización como modalidades de reciclaje, así como la introducción del autoblanqueo.

Como consecuencia inevitable se daría que a todos los delitos patrimoniales habría de seguirles, adicionalmente y de modo necesario, el blanqueo, lo que solo agravaría la pena y

violaría el *non bis in idem*. Por paliar estas "descabelladas interpretaciones", Quintero Olivares elogia el "loable intento" de la línea jurisprudencial que limita el alcance del blanqueo, instaurada por la STS 265/2015, que precisa la finalidad de ocultar los bienes y discrimina los actos neutros de los actos de lavado. Pese a su aprobación, estima que este intento de limitar el alcance del autoblanqueo "no es suficiente", porque en los casos en los que el autor de un delito patrimonial pretenda esconder los frutos de su acción, con dicha comprensión habrá que entender que concurre el blanqueo, "pues es indudable la finalidad de ocultar o encubrir bienes", solución que le parece "absurda". Otro efecto que no se ha calculado de la tipificación de la posesión y de la utilización es que podrían llevar a la imprescriptibilidad del blanqueo si se reputa como un delito permanente, lo que tacha de "enormidad". A propósito del autoblanqueo del previo delito fiscal, razona que en este caso el lavado se aprecia, precisamente, "porque ha prescrito el delito fiscal". Si bien, puntualiza con buen tino que "seguir un criterio para el delito fiscal y otro para los demás delitos, no parece correcto". Precisamente, por influencia de esta relación concursal, se ha impuesto "la idea de que la posible tipicidad del autoblanqueo presupone la prescripción del delito previo", y radica semejante posibilidad, en el caso de la defraudación tributaria, en el "empeño" del legislador, no explicitado, en contar con un "armamento subsidiario en el caso de que no hubiera sido posible castigar el delito fiscal por prescripción".

Agrega Quintero Olivares que el "posicionamiento interpretativo" de partida debe ser favorable a separar "la tipicidad y perseguibilidad" del blanqueo por posesión o uso de la prescripción del delito fuente, aunque "en tal caso, no tiene sentido perseguir el autoblanqueo, pues basta con perseguir el delito principal". Sentencia que el autoblanqueo tiene un carácter secundario, cuando no sea posible perseguir el delito base porque ha prescrito, pues, de lo contrario, se reprimiría la actividad delictiva fuente y se decomisarían las ganancias. Así las cosas, si se admite que el delito precedente ha prescrito, "no hay modo técnico de establecer un término máximo para la persecución del autoblanqueo". Frente a los que sostienen que el autoblanqueo había de incriminarse en virtud de los mandatos internacionales, responde que tales dictados "se pueden cumplir incorporando solo modalidades de autoblanqueo que no pugnen con la lógica interna del derecho penal". Concluye su estudio destacando que el mayor problema que genera esta figura es que "el delito fiscal 'no juzgado' se pueda considerar antecedente en orden al autoblanqueo", porque en la esfera del delito fiscal se puede incardinar "cualquier capital de una persona que no hubiera sido declarado en su momento". Esta comprensión vulnera la seguridad jurídica, ya que el hecho de "que haya un dinero que no ha tributado no quiere decir que se haya realizado la tipicidad del delito fiscal". Menciona que en muchas acusaciones por autoblanqueo reina la confusión entre las finalidades y objetivos del blanqueo y los del comiso. Zanja, contundente, que la crítica que merece el autoblanqueo "ha de ser muy severa", ya que conduce a "corromper el sistema jurídico".

De análogo parecer es Manjón-Cabeza Olmeda<sup>12</sup>, quien evoca que el autoblanqueo constituye una "conducta ajena a la estructura típica de los delitos de blanqueo y receptación", puesto que en ellos el delito fuente se comete por una persona distinta de la del blanqueador. Entre las razones que justifican la inconveniencia de su tipificación enumera: i) con la entrada en posesión de los bienes por el autor del delito previo se incurrirá en un *bis in idem*, ii) se castiga al autor dos veces por el mismo delito, una por consumarlo y otra por agotarlo, con lo que el agotamiento dejará de ser un acto copenado para integrar el delito de blanqueo, iii) carece de sentido el elemento subjetivo propio relativo al conocimiento del origen delictivo de los bienes. Después de dar cuenta de las oscilaciones jurisprudenciales, y tras su tipificación expresa, sentencia que "la inviabilidad del castigo solo podrá alcanzarse desde una recta aplicación del *non bis in idem*". Con un tono más duro, Campaner Muñoz<sup>13</sup> califica como "nefasta" la elección del legislador y se apoya en cinco

<sup>12</sup> Antonio Manjón-Cabeza Olmeda, "Capítulo 39. Receptación y blanqueo de capitales (arts. 301 y 302)", en *Comentarios a la Reforma Penal de 2010* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 343-345.

<sup>13</sup> José Campaner Muñoz, *El autoblanqueo de capitales tras la reforma penal de 2010 y su necesaria consideración como acto copenado o autoencubrimiento impune* (España: Editorial Jurídica Sepín, 2011), 2-4.

<sup>11</sup> Gonzalo Quintero Olivares, "La lucha contra la corrupción y la pancriminalización del autoblanqueo", *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º Extra 38 (2018): 242-245, 252-259, 262 y 263. (Cursivas en el original).

razones: i) desafía y colisiona con el *non bis in idem*, ii) vulnera el principio de proporcionalidad, iii) "con la realización física del mismo segmento de acción", el sujeto se ve "abocado" a cometer dos delitos, lo que coincide, normalmente, "con la consumación del delito precedente o subyacente", iv) supone negar al sujeto su derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, por lo que, a su juicio, quien no se autodenuncia está amparado por la causa de justificación del artículo 20.7 CP. v) Podría sostenerse, dentro del plano de la culpabilidad, la "inexigibilidad" de otra conducta, por lo que "no le sería, desde luego, exigible proceder a deshacerse raudo y veloz de lo obtenido". Asimismo, razona que el texto punitivo "arbitra mecanismos más que suficientes para combatir el autoblanqueo sin necesidad de castigarlo", y enumera, entre ellos, el comiso, las medidas a imponer sobre las personas jurídicas, su responsabilidad penal, el comiso específico del artículo 374 CP, así como importantes multas, por lo que aboga por su supresión.

Para Abel Souto<sup>14</sup>, con el castigo del autoblanqueo, el legislador interviene en la "añeja" polémica doctrinal y jurisprudencial, descartando el autoencubrimiento impune por inexigibilidad y tomando partido por la sanción de quien interviene en el delito previo. No obstante, pone en relación esta novedad con la incorporación de las modalidades típicas de poseer y utilizar y recapitula los principales epítetos con que la doctrina ha caracterizado el resultado: "insatisfactorio", "desmedido", que genera "extrañas consecuencias", incluso "absurdas", que nos sitúan "en el límite de lo punible", que rozan el "esperpento" o que pueden alcanzar "niveles ridículos". Para explicar gráficamente la situación pone como ejemplo la famosa sustracción del Códice Calixtino de la Catedral de Santiago de Compostela, en la que el autor se enfrentaría a tres delitos: uno por la sustracción –hurto o robo–, y dos por blanqueo, el primero por la posesión y, el segundo, si lo abrió –aunque solo fuese para comprobar su contenido– por su utilización. Tras este inciso encara de lleno el problema y comenta que habría de interpretarse el tipo, con el fin de evitar un *bis in idem*, de conformidad con la categoría de los "actos copenados impunes" posteriores, lo que entiende "en el sentido de que la posesión por los autores o partícipes en el hecho precedente únicamente puede castigarse como blanqueo cuando no quepa sancionarlos por el delito previo", tal como lo concibió el CGPJ en su informe a propósito de la reforma del año 2010, en cuanto a los delitos patrimoniales y socioeconómicos. Razona que, con todo, cabe la exclusión de la modalidad de utilización y de la posesión "sobre la base del principio de insignificancia y de una interpretación teleológica que, tomando en consideración el bien jurídico tutelado, exija un menoscabo relevante del orden socioeconómico y la idoneidad de los comportamientos para incorporar capitales ilícitos al tráfico económico". Mientras que Fernández Teruelo<sup>15</sup> coloca el foco de atención en la ampliación de las conductas de blanqueo, y propone "fórmulas para proceder a su restricción y al menos excluir el castigo de la posesión y utilización en supuestos de autoblanqueo": i) se da una contradicción con la previsión subjetiva incluida en el precepto, relativa al conocimiento del origen de los bienes, ii) se vulneran los principios de proporcionalidad –al poder recaer mayor pena por el blanqueo que por el delito base– y el *ne bis in idem*, ya que se trata de comportamientos "inherentes por su propia naturaleza al hecho delictivo principal".

También se ha posicionado de modo restrictivo Vidales Rodríguez<sup>16</sup>, quien defiende que se trata de uno de los elementos más polémicos de la reforma del año 2010 y que la doctrina mayoritaria es partidaria de la doble incriminación, sobre la base de la diversidad de los bienes jurídicos en liza. Alaba que el legislador haya zanjado la cuestión, lo que considera más respetuoso con el principio de legalidad que la delegación en los órganos judiciales, pero matiza que no se trata de una opción exenta de objeciones. En primer lugar, ha de entenderse limitada la posibilidad de

<sup>14</sup> Miguel Abel Souto, "La reforma penal española de 2010 sobre el blanqueo, las nuevas técnicas de comisión delictiva y el uso de las telecomunicaciones para el blanqueo", en *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013), 171-174.

<sup>15</sup> José Guillermo Fernández Teruelo, "El nuevo modelo de reacción penal frente al blanqueo de capitales (los nuevos tipos de blanqueo, la ampliación del comiso y su integración del blanqueo en el modelo de responsabilidad penal de las empresas)", *Diario La Ley*, n.º 7657 (2011): 5-7. (Cursivas en el original).

<sup>16</sup> Carlos Vidales Rodríguez, "Blanqueo, ¿qué es blanqueo?: estudio del artículo 301.1 del Código Penal Español tras la reforma de la L.O. 5/2010", *Revista General de Derecho Penal*, n.º 18 (2012): 15-19.

autoblanqueo, excluyendo los comportamientos que consistan en la cláusula abierta del artículo 301.1 CP –realizar "cualquier otro acto" para encubrir u ocultar–, debido a su claro "parentesco" con el delito de encubrimiento, lo que nos situaría en la esfera del autoencubrimiento y daría lugar a su concepción como acto copenado. Así, acota su posibilidad de apreciación al primer inciso del apartado 1 del artículo 301 CP. Restringe aún más el alcance cuando enuncia que en la adquisición, en la posesión y en la utilización de los bienes por el propio sujeto que ha cometido el delito fuente se trata del "agotamiento" de dicha infracción previa, por lo que "se hace difícil conceder relevancia penal a la fase del agotamiento sin que resulte vulnerado el principio *ne bis in idem*". Para salvar este obstáculo cita la posibilidad, defendida por Quintero Olivares, de que se aplique el blanqueo cuando sea imposible perseguir el delito base, pero observa que dicha interpretación no evita que se den "resultados insatisfactorios en todos los casos", por cuanto el lavado pasaría a ser "una suerte de tipo comodín" al que recurrir para orillar las dificultades probatorias, convirtiéndose en un "cajón de sastre" o en una "calificación alternativa a cualquier otro delito".

Manifiesta Vidales Rodríguez que falta por precisar el encaje cuando se ha extinguido la responsabilidad penal del delito base, o cuando se da, a propósito de este, una causa de exclusión de la pena, porque la aplicación indiscriminada del lavado sería "inaceptable" y podría originar un resultado político-criminalmente "inconveniente" y "perverso", ya que puede llevar a perder "interés en demostrar el delito efectivamente cometido toda vez que la imposición de una sanción está asegurada por esta vía indirecta", lo que sería contrario al correcto funcionamiento de la Administración de Justicia. Además, constata que es ilógico que el legislador excluya conductas del ámbito de la receptación y del encubrimiento y que, por el contrario, admita su castigo en sede de blanqueo, puesto que es "difícil de entender la imposibilidad de sancionar la conducta más levemente penada y considerarla, en cambio, merecedora del reproche más severo". Semejante concepción puede transformar el delito de lavado en una forma de castigar cualquier enriquecimiento ilícito. Sin embargo, puntualiza que la situación es distinta en las conductas de conversión y de transmisión, en las que "la razón de castigar al autor a título de blanqueo debe verse en la afección que su realización supone para el orden socioeconómico", que se resiente del mismo modo "con independencia de quién sea el que realice la conducta proscrita", pero dentro de ellas cabe discriminar una amplia gama de comportamientos postdelictivos posibles –desde el consumo hasta las sofisticadas operaciones de ingeniería financiera que permiten maximizar beneficios–, y no todos ellos habrían de dar lugar a un delito de blanqueo, por lo que habrán de tamizarse mediante el principio de proporcionalidad.

Morillas Cueva<sup>17</sup> es especialmente duro con la introducción de esta figura, a la que adjetiva como "sumamente perturbadora". Subraya que el legislador español fue "más allá de las indicaciones internacionales" y se apresuró a regular esta "muy discutible" modalidad de blanqueo que, en combinación con la ampliación de las conductas típicas, "muestra la más radical versión de expansionismo punitivo en una cuestión". Niega la justificación que se sustenta en las exigencias internacionales y en las previsiones jurisprudenciales; a propósito de las obligaciones internacionales, asevera que existían cláusulas de posible exoneración del autoblanqueo. En cuanto a las precisiones jurisprudenciales, advierte que era dispar en su solución por los tribunales. Acata el tenor literal del precepto, aunque contesta que "debería haberse mantenido el autoblanqueo impune como parte relevante del agotamiento del delito previo". Así las cosas, estima que los supuestos de tramas organizadas de blanqueo, en que los autores del delito previo son los blanqueadores, resultan minoritarias, mientras que en la mayoría de casos de lavado no nos hallamos ante sumas ingentes a blanquear, lo que, en conexión con la ausencia de un límite mínimo en el delito y junto a las modalidades de poseer y utilizar, lleva a una "exagerada intervención penal". Por lo tanto, habría de provocarse la absorción del blanqueo, integrado en el "mecanismo total del agotamiento del delito previo".

<sup>17</sup> Luis Morillas Cueva, "Aspectos dogmáticos y político-criminales del delito de blanqueo de capitales", *Revista Foro FICP*, n.º 2 (2013): 103-107.

Sin llegar a las peticiones de Corcoy Bidasolo, quien propugna su inconstitucionalidad por vulneración del principio *ne bis in idem*, al convertir un concurso de normas en un concurso de delitos, que castiga el agotamiento delictivo en casos de autoencubrimiento, sostiene Morillas Cueva que "sí es absolutamente imprescindible una revisión a fondo de sus elementos constitutivos y si ella lleva a su supresión, mejor". A iguales conclusiones llega Gutiérrez Rodríguez<sup>18</sup> cuando cuestiona la orientación político-criminal del blanqueo y zanja que esta es doble: "sancionar las conductas de ocultación del origen delictivo de los bienes y prevenir su incorporación al tráfico económico lícito", por lo que no se debe confundir el blanqueo con las consecuencias del delito previo, puesto que el Estado dispone de los mecanismos idóneos para ello –la participación a título lucrativo y el comiso–. Así, propugna que el aprovechamiento de las ganancias del delito previo por sus autores forma parte del agotamiento –ya sean actos de consumo o de inversión–, por lo que no se deben sancionar de modo independiente, y reclama la desaparición del autoblanqueo y una "vuelta a los orígenes" del delito de lavado, recuperando su naturaleza de auxilio de terceros.

Por su parte, Benítez Ortúzar<sup>19</sup> también destaca algunos problemas que conlleva la admisión del autoblanqueo. En concreto, las discordancias que se producen con la figura del autoencubrimiento, que se considera impune. Ello resultaría lógico en los delitos patrimoniales de apoderamiento, que se consuman con la disponibilidad sobre el bien, lo que conlleva su posesión, su utilización o su transmisión. No obstante, si se sigue una interpretación literal del artículo 301.1 CP, tales actos serían punibles en concurso real, lo que aboca a una situación "absurda". Elogia la restricción propuesta por Abel Souto, basada en el principio de insignificancia –para los bienes de bagatela– y en la interpretación teleológica, centrada en la afectación al bien jurídico, negando la capacidad potencial de estos comportamientos para "desestabilizar las condiciones del mercado y de la competencia". Da fe de los esfuerzos restrictivos que lleva a cabo la Sala 2ª del TS, *v. gr.*, en la STS 858/2013, que pretende evitar la doble punición por un mismo hecho, y discrimina dos situaciones diferentes, con soluciones diversas: i) cuando "el patrimonio ilícito procede de una actividad previa a la que es objeto de la concreta actividad delictiva que se enjuicia", donde sí es factible apreciar el concurso real y ii) aquellos casos en que se trata de "un delito previo puntual" –en ese caso, de tráfico de drogas–, que propicia una tenencia y unas posteriores ventas, que generan un engrose patrimonial, donde no cabe apreciar el autoblanqueo, como consigna la meritada resolución<sup>20</sup>.

De modo analítico, González Cussac<sup>21</sup> expresa que la reforma del año 2010, al introducir el autoblanqueo, "desborda la tradicional naturaleza de estas conductas". Añade que desde la incriminación de la posesión y de la utilización surge el debate sobre qué comportamientos pueden dar lugar a un blanqueo, lo que ha generado una doctrina jurisprudencial que evidencia la complejidad del tema y que, incluso con posterioridad al año 2010, "persiste la dificultad" para distinguir entre los actos que se incluyen en la fase de agotamiento del delito previo y aquellos que dan lugar a un nuevo delito –STS 884/2012–. Manifiesta que tras la sentencia del *caso Ballena Blanca* –STS 974/2012–, otras resoluciones del Alto Tribunal se han fundamentado en la diversidad de bienes jurídicos para apuntalar la existencia del concurso real de delitos. No obstante, para

evitar una "extensión disfuncional del art. 301 CP", la jurisprudencia ha seguido varios mecanismos correctores, que operan como excepciones o limitaciones a la regla general: i) el recurso al principio de insignificancia –STS 809/2014–, combinado con la idoneidad del comportamiento del sujeto activo "para incorporar bienes ilícitos al tráfico económico", ii) valoración de si "la condena por el delito antecedente ha comprendido una condena efectiva sobre la totalidad del patrimonio generado por el actuar ilícito" –en la STS 858/2013–, en donde ha habido un paso más con el empleo del principio de *apreciación alternativa de los hechos* –STS 408/2015<sup>22</sup>–, iii) la exclusión del blanqueo cuando exista una mera posesión de los bienes –STS 809/2014– y no concorra la finalidad de ocultación –STS 265/2015–. Por último, iv) cuando no resulta posible acreditar el proceso de integración o reconversión de los bienes, tampoco es dable apreciar el delito de blanqueo –STS 884/2012–.

A su vez, sobresalen las aportaciones de Serrano González de Murillo<sup>23</sup>, quien lleva a cabo una primera matización importante: en el autoblanqueo no cabe la modalidad imprudente, "por incompatibilidad conceptual, al no poderse concebir la ausencia de dolo, de conocimiento acerca del origen delictivo". A continuación, aborda la problemática de la figura y manifiesta que la redacción empleada en el año 2010 contraviene la proscripción del *bis in idem* en dos sentidos: al ampliar el elenco de conductas típicas e introducir la posesión y la utilización y, en segundo lugar, porque los ejemplos jurisprudenciales tratados se referían a "bienes procedentes del narcotráfico en el marco de organizaciones delictivas", por lo que se producía una relativización del fenómeno, ya que las ganancias eran procedentes no solo de la actividad propia, sino también del resto de la organización, por lo que se daba a la vez un "blanqueo de bienes ajenos". Resalta que la disfunción se produce con la combinación de ambos elementos, razón que lleva a parte de la doctrina a reclamar la supresión del autoblanqueo, al menos, en cuanto a la modalidad de posesión. No obstante, no existiría obstáculo en que responda el autor del delito fuente "cuando realiza actos de conversión, destinados a ocultar el origen delictivo, lo que excede al mero disfrute de tales bienes y quedaría extramuros de la prohibición del *bis in idem*". Pese a ello, opina que, con carácter general, en los "supuestos genuinos" de autoalavado, "no puede hablarse de un injusto distinto del delito anterior propio". Después de anotar como criterio de restricción el entendimiento de que todas las conductas de lavado requieren la finalidad de ocultación o encubrimiento del origen ilícito, puntualiza que, "desde luego", el tipo de lavado se concibe "a la medida del blanqueo de bienes ajenos", como se desprende de la fórmula "para ayudar", que parece excluir la "autoayuda".

Polaino-Orts<sup>24</sup> analiza la cuestión al hilo de la valoración del título subjetivo de imputación en el lavado de activos. Después de resumir las dos corrientes en liza –si el autoblanqueo ha de ser impune por no exigibilidad de otra conducta, o si debe sancionarse, ya que no se contraviene el principio *nemo tenetur*, porque no se impone un deber de autoinculpación–, opina que "la existencia del deber de revelar el origen ilícito de los bienes se hace necesariamente a costa de que el sujeto tenga que declarar activamente contra sí mismo", lo que califica como un "deber adicional de *compliance* personal", que resulta contrario a los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, por lo que "no puede establecerse un deber de informar del origen de los bienes sin contradecir la libertad del sujeto", de donde extrae la incompatibilidad de dicho deber con el principio *nemo tenetur*. Mientras que Fernández Bermejo<sup>25</sup> critica la amplia

18 Manuel Gutiérrez Rodríguez, "Acelerar primero para frenar después: la búsqueda de criterios restrictivos en la interpretación del delito de blanqueo de capitales", *Revista General de Derecho Penal*, n.º 24 (2015): 19 y 20.

19 Ignacio Francisco Benítez Ortúzar, "Evolución legislativa del delito de blanqueo de capitales en legislación penal español", en *El lavado de dinero en el siglo XXI. Una visión desde los instrumentos jurídicos internacionales, la doctrina y las leyes en América Latina y España* (México: Universidad Autónoma de Sinaloa-Unijuris, 2015), 145-147.

20 FD 2º de la STS 858/2013: "el delito de tráfico de drogas absorbe los posteriores hechos de aprovechamiento de los efectos del delito cuando el patrimonio que se transforma es el que directamente procede del delito contra la salud pública, pues este tipo penal comprende, en su total dimensión, conducta y penalidad, de manera que afecta a la totalidad del patrimonio, ilícitamente generado por el delito objeto de la sanción". España Tribunal Supremo, Sentencia 858/2013, 21 de noviembre de 2013.

21 José Luis González Cussac, "Lección XXIX. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (y XII): Receptación y blanqueo de capitales", en *Derecho Penal. Parte especial, 5ª edición revisada y actualizada a la Ley Orgánica 1/2015* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2016), 527-529.

22 Como gráficamente explica en su FD 4º: "La *"determinación optativa"* es figura perteneciente más al derecho procesal que al material. Fue acuñada en la doctrina alemana (*Wahlfeststellung*): cuando se duda si el acusado cometió un hecho u otro, pero se tiene la certeza de que ha cometido uno de los dos, siendo ambos típicos, habrá que condenar por el menos grave". España Tribunal Supremo, Sentencia 408/2015, 8 de julio de 2015.

23 José Luis Serrano González de Murillo, "Delito fiscal y bienes con origen en actividad delictiva como objeto de blanqueo", *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 111 (2013): 74-77. (Cursivas en el original).

24 Miguel Polaino-Orts, "Normativización de los títulos de imputación en el blanqueo de capitales: cuestiones problemáticas fundamentales de Parte General", en *Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado* (Lima: JURISTA EDITORES E.I.R.L., 2015), 265-271.

25 David Fernández Bermejo, "La desatinada regulación penal del autoblanqueo de capitales", *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, n.º 128 (2017): 3-5, 9 y 10.

descripción del precepto y la introducción expresa de las modalidades de poseer y utilizar – que tacha de “error”–, ya que “despliega innumerables consecuencias inadmisibles”, supone un “alcance desmesurado del tipo” e implica una inversión de la carga de la prueba, por lo que, para mitigar su alcance, propone que se atienda a la finalidad enmascaradora de los bienes, que cifra en su “nivel de ocultación”. Solo así las conductas de poseer y utilizar “adquirirán sustantividad propia a efectos penales”. Puntualiza que la “tolerancia cero” contra el blanqueo en España lleva a la invasión de espacios propios de la normativa administrativa, y finaliza advirtiendo de que “no toda contribución enfocada a la producción de un resultado de blanqueo merecerá un reproche penal”, donde cobran protagonismo los “actos neutrales”, que carecen de relevancia penal porque el sujeto no supera el riesgo tolerado, puesto que carece de “la intención de enmascarar o disimular el origen delictivo del bien o bienes para su ulterior integración en el mercado financiero”.

Particularmente certera es la precisión que realiza Martínez-Arrieta Márquez de Prado<sup>26</sup> al señalar que, habitualmente, se califican como autoblanqueo conductas que no lo son. Para ello, se centra en el supuesto usual del tráfico de drogas en el que, durante la investigación se aprehende una determinada cantidad de dicha sustancia y, al hilo de la investigación subsiguiente se descubre que el sujeto investigado, durante un periodo anterior –o incluso posterior– a la operación que se ha descubierto, ha movido grandes cantidades de dinero, caracterizadas porque están “desconectadas del hecho inicialmente investigado”. En este supuesto no cabe hablar de autoblanqueo, sino que “más bien se trata de la punición por detentar unos bienes cuyo origen no se conoce”, pero sobre los que existen indicios de que proceden de una actividad delictiva: se trataría de un blanqueo independiente, que no forma parte del agotamiento del delito previo. Así, reputa “inapropiado” el uso del vocablo “para referirse a los supuestos de bienes que no son efectos del mismo delito que se enjuicia”. Se muestra contrario a la justificación de su punición en la existencia de diversos bienes jurídicos tutelados, argumentando que se ha transitado desde una concepción liberal del bien jurídico –considerado como instrumento dirigido a restringir al legislador– hacia un “mandato para penalizar”, lo que se ve abonado por la “creciente exacerbación de la idea de prevención”. Agrega que hoy predominan las construcciones “difusas de bienes jurídicos universales vagamente formulados”, y sentencia que dicha línea jurisprudencial no es “procedente”, ya que se emplea la noción del interés tutelado para ampliar el ámbito de la represión.

Lascurain Sánchez<sup>27</sup> asume la regulación *de lege lata*, pero propone una lectura muy restrictiva del autoblanqueo. Para ello, realiza tres ilustrativas precisiones: i) sobre el concepto de blanqueo aclara que “blanquear no es hacer cualquier cosa con el dinero negro”, sino que consiste en ocultar o encubrir su origen ilícito para su ulterior inserción en el tráfico económico de curso legal. Matiza que las dudas se producen en los actos de consumo, si bien, a la vista de la STS 265/2015 y prestando una especial atención a “la funcionalidad preferente o específica” del acto, concluye que en ellos no se da la antedicha ocultación. ii) Afirmado el autoblanqueo, la segunda cuestión que aborda es si constituye un acto copenado. Reconoce que no son pacíficos ni el fundamento ni los fines de esta figura, y los sintetiza en que “si va de suyo que a un delito va a seguir otro, esta circunstancia (este daño añadido) ya la habrá tenido en cuenta el legislador al medir el desvalor del primero”. Razonamiento que tacha de “discutible” cuando la pena del segundo delito es mayor que la del primero –ya que su desvalor no quedaría abarcado– y si hay una desconexión entre ambos tipos. Advierte que, en contra de la punición del blanqueo se podría alegar que no se debe penar aparte el lavado que consiste solo en “alejarse aún más la propiedad del bien de su legítimo titular”, si bien, como contrapunto, refiere que parece que sí se debe penar cuando la pena del blanqueo es superior a la del delito originador. Así las cosas, apunta que en estos supuestos no resultaría descartable sostener –siguiendo a I. Puppe– “la existencia de un concurso

ideal de delitos en el que la unidad fáctica (un solo hecho supone varios delitos) resultaría del parentesco de injusto de las realizaciones típicas”, en el cual, el posterior acto de lavado no dejaría de tener “un componente de consolidación o agotamiento natural del primer acto delictivo”. iii) El tercer flanco que valora es la “inexigibilidad” y arguye que no se puede pretender que quien ha cometido un delito se autoinculpe ante las autoridades, y que deje de ocultar los restos o vestigios que le pudieran incriminar. En este sentido, “antes que como un posible acto posterior copenado, el autoencubrimiento es impune porque no es culpable”, si bien, reconoce los límites que presenta dicha figura, puesto que, tradicionalmente, en cuanto al delito de encubrimiento, se ha condicionado la impunidad de dicho delito “a que no resultara dañado otro bien jurídico más allá del que protege”. A la vista de tales afirmaciones concluye que el autoblanqueo que “es solo o fundamentalmente autoencubrimiento, debe quedar exculpado (o incluso justificado)”, mientras que debe penarse el que, además de encubrimiento, representa un “daño al sistema económico o alimento de peligrosos delitos futuros a través de organizaciones criminales”.

## 2.2. Sector doctrinal favorable a su tipificación expresa

Dentro del sector doctrinal favorable a la incriminación del autoblanqueo podemos citar a Berdugo Gómez de la Torre y Fabián Caparrós<sup>28</sup>, quienes describen que, con esta discusión, se vuelve a poner en entredicho la autonomía de la legitimación de fondos en relación con el delito fuente; así, si se considera que el blanqueo no es más que una modalidad específica de favorecimiento, no habría de sancionarse el autoblanqueo. Tras anotar la discrepancia doctrinal y las oscilaciones jurisprudenciales antes de la reforma del año 2010 –incluido el Acuerdo de Sala 2ª de 18 de julio de 2006, que plasmó un posicionamiento “un tanto tibio”–, acuden al ámbito fenomenológico resuelto por el TS, lo que les lleva a postular que el blanqueo constituye “un *aliud* respecto de la receptación o el encubrimiento”. Anotan que la Sala apreció la compatibilidad entre el reciclaje de fondos y el delito previo, lo que “se hizo en consideración al papel que desempeña el lavado de activos en el marco de las formas más o menos organizadas de criminalidad”, de donde infieren que

identificar la conducta de quien lava las ganancias que antes ha obtenido como un supuesto especial de autoencubrimiento, no tiene demasiado sentido; al menos, en los casos en los que el blanqueo de bienes constituye el eje financiero de una «industria delictiva», aquellos en los que adquiere su máxima significación socio-económica y, por ello, su mayor autonomía.<sup>29</sup>

Tras vaticinar –con acierto– que la solución instaurada por la LO 5/2010 sería criticada, la califican como “correcta”, porque “responde a la propia sustantividad de este delito y da correcta respuesta a su propio desvalor”. A su vez, justifican que la respuesta brindada “es la más coherente con los compromisos asumidos por España ante la Comunidad Internacional”, puesto que de los textos internacionales –las Convenciones de Palermo y Mérida– se desprende que “solo excepcionalmente no debe castigarse el autoblanqueo”. Opinión compartida por Galán Muñoz y Núñez Castaño<sup>30</sup>, quienes escriben que la mayoría de la doctrina era partidaria de dicha corriente con anterioridad a la LO 5/2010, a lo que ellos se unían, con base en la descripción típica –que no restringía el círculo de sujetos–, por la autonomía del blanqueo, por su carácter pluriofensivo y la afectación de distintos bienes jurídicos que el delito base y porque no operaba la impunidad del autoencubrimiento, ya que este no alcanza a la comisión de nuevos hechos delictivos. Esta postura se vio confirmada en el año 2010, por lo que “tanto antes como después de la reforma operada por la LO 5/2010, los supuestos de autoblanqueo estaban incluidos en el ámbito de aplicación del delito contenido en el art. 301 CP”.

<sup>28</sup> Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y Eduardo A. Fabián Caparrós, “La «emancipación» del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español (I)”, *Diario La Ley*, n.º 7535 (2010): 7-9.

<sup>29</sup> Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y Eduardo A. Fabián Caparrós, “La «emancipación» del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español (I)”, 7-9.

<sup>30</sup> Avelino Galán Muñoz y Elena Núñez Castaño, *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 242 y 243.

<sup>26</sup> Ignacio Martínez-Arrieta Márquez de Prado, *El autoblanqueo. El delito fiscal como delito antecedente del blanqueo de capitales* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2014), 37, 38, 50 y 88.

<sup>27</sup> Juan Antonio Lascurain Sánchez, “Blanqueo de capitales”, en *Derecho penal económico y de la empresa* (Madrid: Dykinson, 2018), 509-513.

Participa de esta corriente de pensamiento Díaz y García Conlledo<sup>31</sup>, autor que, no obstante, introduce limitaciones importantes a su aplicación. Empieza indicando que el Derecho comparado no es uniforme en esta materia, ya que hay países que lo excluyen expresamente, como Alemania –donde se acogían matices, puesto que si el delito previo no se podía reprimir por ausencia de culpabilidad o razones semejantes, sí se podía castigar el autoblanqueo, que sí es típico, pero se encuentra cubierto “por una especie de causa de exclusión de la punibilidad”– o Austria e Italia –si bien, en este caso, “no de forma tan clara”–, mientras que sí se admite de modo expreso en Bélgica. Por su parte, en otros Estados, como Suiza, aunque no se pronuncien al respecto “abiertamente”, sí cabría su castigo, aunque ello es objeto de debate. Apostilla que el análisis comparado es relevante, habida cuenta del carácter transfronterizo que presenta en ocasiones el blanqueo, con lo que “estas diferencias dificultan a veces su persecución por problemas de reciprocidad”. Defiende que apelar “sin más a la idea del autoencubrimiento” resulta demasiado automático, porque la impunidad cesa cuando se comete otro delito, atacándose otros bienes distintos de la Administración de Justicia. Refuerza su postura destacando que el blanqueo es “bastante más que un encubrimiento”, como se desprende de las penas a imponer y de que éstas no se limiten a la del delito fuente; además, y muy especialmente, se trata de un tipo pluriofensivo. Conecta las actividades de blanqueo con la criminalidad organizada, “dato no estrictamente derivado de los tipos legales, pero sí existente en la realidad”, lo que se produce de modo frecuente, y sentencia que “se podía y se puede mantener que, en principio, la intervención en el hecho previo no excluye el castigo por blanqueo”, lo que resulta acorde con la realidad criminológica, en la que se observan redes de delincuencia organizada que incluyen en su entramado sofisticados mecanismos de lavado de las ganancias.

Sin embargo, como hemos adelantado, Díaz y García Conlledo introduce una serie de limitaciones a su punto de partida cuando escribe que hay que establecer excepciones a la inclusión de los intervinientes en el hecho previo como posibles sujetos activos del blanqueo, en las siguientes circunstancias: i) cuando el delito base suponga la afectación, de un modo similar, de “los intereses que se pretenden proteger con el delito de blanqueo”, en cuyo caso no existirían las razones que permiten imponer el castigo separado; ii) “cuando el autoblanqueo no pase de ser un autoencubrimiento”. Desliza la dificultad para efectuar una enumeración de los tipos que tendrían cabida en ambos supuestos, si bien incluye, de modo indubitado, el apartado 2 del art. 301 CP, si se interpreta como forma de encubrimiento de las conductas del apartado precedente, porque serían actos posteriores copenados. Sobre la ampliación de las conductas constitutivas de blanqueo operada por la LO 5/2010, en concreto, la introducción expresa de la posesión y de la utilización, manifiesta Díaz y García Conlledo que si se sigue el artículo 301.1 CP y se entiende que no requieren las finalidades mencionadas en el propio precepto, se castigaría, entre otras conductas, “la del autor de un delito fiscal que conserva la cantidad de dinero no pagada”, y llevaría a que solo se librarían de la sanción “si devuelven, tiran o destruyen inmediatamente esos bienes (suponiendo que no haya habido un momento previo de posesión)”. Además de los argumentos ya citados –el agotamiento del delito, la vulneración del ne bis in idem, que se trate de un acto copenado ...–, reseña que dichas nuevas conductas de autoblanqueo resultan “muy cuestionables”, porque no se aprecia la “afectación relevante de ningún nuevo bien jurídico”, lo que le lleva a proponer su exclusión del castigo separado como autoblanqueo, arguyendo que se puede apelar a “la ausencia de suficiente antijuridicidad material”, lo que se puede hacer mediante el recurso al principio de insignificancia. En algunos supuestos en que el objeto material del blanqueo es el dinero, puesto que es un elemento fungible, será difícil precisar si se trata de “una utilización que no añade desvalor significativo a la actividad delictiva previa” o de una verdadera conducta blanqueadora, para lo que ofrece como pauta “observar el sentido de la acción, su similitud o no (material) con las otras conductas típicas (adquirir, convertir, transmitir, ocultar...)”.

<sup>31</sup> Miguel Díaz y García Conlledo, “El castigo del autoblanqueo en la reforma penal de 2010: La autoría y la participación en el delito de blanqueo de capitales”, en *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013), 281-290.

También se posiciona a favor de su incriminación Del Carpio Delgado<sup>32</sup>, aunque con cautelas. En su opinión, el legislador orgánico del año 2010 ha zanjado la polémica, en línea con lo preceptuado en el artículo 1.2.d) de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, en el que se establece: “existirá blanqueo de capitales aun cuando las conductas descritas en las letras precedentes sean realizadas por la persona o personas que cometieron la actividad delictiva que haya generado los bienes”<sup>33</sup>. Por lo tanto, la existencia de dicha cláusula en el CP “viene, en principio, a acabar con el debate existente acerca de la punición o no del autoblanqueo”. Tras apuntar que se trata de un delito común, por lo que en cualquiera de sus formas podría ser autor cualquier sujeto, apunta una serie de excepciones, por lo que acota su alcance, tomando en consideración, a título de ejemplo, “si el delito previo ya supone la afectación de los intereses que se pretenden proteger con el blanqueo, o si en el castigo por el delito previo ya se incluye el desvalor por el blanqueo”, excepciones que entiende “más necesarias” tras la incorporación de la posesión y de la utilización al elenco de figuras típicas. De análogo parecer es Muñoz Cuesta<sup>34</sup>, que defiende que el legislador ha dado “viabilidad legal incontestable” al autoblanqueo, cuyo debate restringe “a los meros efectos doctrinales o académicos”. Después de indicar el alcance excesivo de la punición del blanqueo para terceros, añade que ello se ve incrementado en relación al autoblanqueo en las modalidades de poseer y de utilizar. En concreto, comparte los postulados del voto particular de la sentencia del caso Ballena Blanca relativos a que la cuota tributaria no es un beneficio obtenido con la comisión de un delito, sino un ahorro del defraudador, que le favorece económicamente, y generaliza su aplicación al afirmar que

este razonamiento es impecable y extensible a otros ilícitos como el alzamiento de bienes o el impago de pensiones, en definitiva a todos los delitos que supongan una omisión con beneficio para el autor, pero no un incremento de patrimonio respecto de lo que ya tenía aquél<sup>35</sup>

por lo que rechaza la apreciación del autoblanqueo en tales supuestos.

A su vez, Faraldo Cabana<sup>36</sup> ya se mostraba favorable a la incriminación del autoblanqueo antes de la LO 5/2010 –como expusimos *supra*–. Tras su cristalización en el texto punitivo, dicha autora llama la atención a propósito de que el legislador no efectuó ninguna referencia expresa en el Preámbulo de la LO a los motivos que le habían llevado a su introducción. Después de reflejar que no era una obligación internacional, en la que no había un “mandato expreso de criminalización”, explica que se favorece una mayor coordinación con la normativa administrativa de prevención del blanqueo. Frente a la crítica centrada en que el autor del delito previo ya conoce el origen ilícito de los bienes, lo que sería un contrasentido con dicho elemento típico en el delito de blanqueo, matiza que “dicho conocimiento no es un especial elemento subjetivo del injusto, sino una referencia al dolo típico”, por lo que es “conceptualmente compatible con cualquier clase de dolo” y su mención expresa no supone ninguna adición o supresión al tipo básico de lavado doloso. Sí efectúa una lectura restrictiva a propósito de las modalidades de poseer y de utilizar cuando refiere que, “cuando no impliquen un cambio de titularidad o la ocultación de los bienes a que se refieren”, no conculcan ninguno de los intereses tutelados por el blanqueo, por lo que se incluirían en “la fase consumación (en los delitos patrimoniales de apoderamiento) o agotamiento de la infracción antecedente”, por lo que las tilda de “ontológicamente inidóneas” para cumplir las finalidades expresamente consagradas en el art. 301.1 CP.

<sup>32</sup> Juan del Carpio Delgado, “La posesión y utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo de capitales”, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 15 (2011): 6-8.

<sup>33</sup> España, *Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo*, Boletín Oficial del Estado, 24 de abril de 2010, art. 1, numeral 2, literal d.

<sup>34</sup> Francisco Javier Muñoz Cuesta, “El delito de blanqueo de capitales. Alcance después de la reforma del art. 301 por LO 5/2010: autoblanqueo y delito fiscal”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 2 (2013): 4-5.

<sup>35</sup> Francisco Javier Muñoz Cuesta, “El delito de blanqueo de capitales. Alcance después de la reforma del art. 301 por LO 5/2010: autoblanqueo y delito fiscal”, 4-5.

<sup>36</sup> Patricia Faraldo Cabana, “Antes y después de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales”, 54-62.

Martínez-Buján Pérez<sup>37</sup> también se adscribe al grupo de autores que defiende la virtualidad del autoblanqueo. Tras recordar su naturaleza como delito común, resalta su condición de delito socioeconómico –y que no solo afecta a la Administración de Justicia– y destaca que esta comprensión ha sido confirmada por el legislador del año 2010, de modo coincidente con la normativa de prevención del blanqueo. Cita la STS 491/2015 y extrae que, aunque en vía de principio el autoencubrimiento no debe ser sancionado, el lavado de dinero “podrá ser sancionado si excede el mero encubrimiento, por más que sea realizado por el propio autor del delito que genera las ganancias”, lo que se dará, sobre todo, en dos circunstancias: si la pena del blanqueo es mayor que la del delito base y si se produce una “afectación significativa” del interés jurídico tutelado. Con todo, se muestra restrictivo en la aplicación del autoblanqueo y lo excluye en los supuestos de posesión, por ser un acto copenado –cuya sanción autónoma violentaría el *ne bis in idem*–, así como en la modalidad de utilización, en este caso, sobre la base del principio de insignificancia. En último lugar, aborda la cuestión relativa al reciclaje cometido por los parientes del autor del delito previo: pese a que el encubrimiento entre parientes esté exento de pena según el artículo 268 CP, en principio es de aplicación a los delitos anteriores a él, ubicados en el Título XIII. Se originó debate en la doctrina sobre si habría de atenderse a la analogía *in bonam partem* en este caso, pero concluye que “existen poderosas razones político-criminales para rechazar el privilegio del encubrimiento entre parientes cuando se trata de la ejecución de conductas de blanqueo de bienes”.

Mientras que Ferré Olivé<sup>38</sup> constata que un sector de la doctrina –Gómez Benítez– ha defendido el castigo del blanqueo, provenga del propio autor del delito fuente o de un tercero, desciende al terreno de los tipos en concreto y apunta que la aplicación práctica del autoblanqueo se ha circunscrito a los delitos de narcotráfico y, en menor medida, a casos de corrupción y crimen organizado, así como a la malversación. No obstante, efectúa una aclaración ulterior de gran calado cuando discrimina entre tipologías de delitos y se cuestiona si esta figura es aplicable a la defraudación tributaria. Reconoce que en el lavado “tiene fundamento la sanción a terceros que no han participado en el delito base y contribuyen a la transformación de los bienes corruptos”, y que también se justifica “cuando se impone al propio autor del delito previo si se trata de específicas infracciones penales como el tráfico de drogas, ya que generalmente se sanciona por blanqueo cuando no se ha podido probar suficientemente la autoría del delito previo”, y concluye que se debe diferenciar entre el dinero sucio y el dinero negro, por lo que “no deberían equipararse comportamientos de blanqueo de capitales que provienen de conductas penalmente ilícitas respecto al producto de actividades lícitas”. De ahí que resulte gráfica su advertencia cuando indica que el autoblanqueo “alimenta el fantasma de consentir una violación amparada legalmente del principio *non bis in idem*”, lo que le lleva a proclamar que es preciso que se evite no solo una “incompatible superposición de sanciones penales y administrativas”, sino también “una injustificada doble sanción en sede penal”.

Entre los autores que recientemente han tomado partido a favor de la incriminación del autoblanqueo podemos mencionar a Olmedo Cardenete<sup>39</sup>, que sostiene que la cuestión ya ha sido zanjada en el sentido de que es una conducta punible, si bien aboga por limitarlo “por la vía del bien jurídico protegido y la inexistencia de una ofensividad material y real del injusto”, porque en algunos supuestos debe recuperarse la idea que estamos ante actos copenados impunes, esencialmente en las modalidades de poseer y utilizar. No obstante, son distintas las restantes hipótesis, en las que el agente no solo disfruta los bienes dimanantes del delito base, sino que “realiza actividades en el tráfico jurídico que pretenden enmascarar el origen delictivo de los bienes o elementos patrimoniales que se adquieren, convierten o se transmiten”. Así y todo, bendice la restricción jurisprudencial que toma como referentes criterios teleológicos, el

principio de insignificancia y la doctrina de los actos neutros o actividades cotidianas. También podemos citar a Martín Sagrado<sup>40</sup>, para quien la modificación del año 2010 debe valorarse “–no sin importantes matices– positivamente”, ya que se pone fin a la inseguridad jurídica, si bien le afea que la redacción no ha alcanzado “la cuota de precisión” requerida, ni en cuanto al fondo ni en lo tocante a la forma. Anota la imprecisión de sus elementos, toda vez que su injusto no se puede centrar ni en el conocimiento del origen de los bienes ni en la ayuda al delincuente, por lo que señala que se da una falta de congruencia. Tras criticar las modalidades de posesión y utilización, alaba la línea jurisprudencial restrictiva que se deriva de la STS 265/2015. Por ello, ante el carácter “deficiente” del art. 301.1 CP, sugiere una “remodelación” del precepto que siga el art. 1.3 de la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo –la “Cuarta Directiva” –, una diferenciación entre las conductas blanqueadoras que pueden cometer los terceros y las que pueden ejecutar los autores del delito previo y, en este último caso, que se limiten a la conversión o transferencia de los bienes, que reputa como “los actos mediante los cuales el delincuente consigue sacar provecho de esos bienes y, lo que es más importante, consigue su integración en el mercado con el consecuente efecto en el orden socioeconómico”.

Después de este repaso doctrinal, debemos sintetizar la jurisprudencia relativa a la figura del autoblanqueo. El Alto Tribunal se ha mostrado tajante en cuanto a su admisión, *v. gr.*, en el FD 4º de la STS 501/2019, cuando indica: “la reforma operada por LO 5/2010, vuelve a clarificar, que no modificar esta cuestión, sobre el autoblanqueo. En lugar alguno se decía en el texto del Código Penal, con anterioridad a la misma, que el autoblanqueo era impune”<sup>41</sup>. En cuanto al fondo de la cuestión podemos atender al FD 7º de la STS 693/2019<sup>42</sup>, donde se resume la controversia y se expone la doctrina jurisprudencial consolidada: en esencia, asume el autoblanqueo, pero detalla cuáles son los criterios interpretativos de restricción del tipo de lavado.

40 Oscar Martín Sagrado, “La determinación del bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de capitales y el autoblanqueo. Un debate que no cesa”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 2206 (2018): 25-31.

41 España Tribunal Supremo, *Sentencia 501/2019*, 24 de octubre de 2019.

42 El FD 7º de la STS 693/2019 parte de que el recurrente alega que se ha aplicado indebidamente el autoblanqueo, ya que se trataría de un acto copenado posterior o, de modo subsidiario, que se trataría de un concurso ideal entre ambas figuras, “al no tratarse de hechos sucesivos y distintos, sino del mismo y único hecho realizado periódicamente en el tiempo”. Frente a dicha alegación, argumenta la Sala que “(a)unque el autoencubrimiento, no sea sancionado, el blanqueo de capitales, en cuanto excede del mero encubrimiento, debe ser sancionado, aunque sea realizado por el propio autor del delito que genera las ganancias. Para poder hablar de acto copenado es absolutamente necesario, por una parte, que entre el hecho previo o posterior, y el principal, exista una relación de tal índole o naturaleza que permita afirmar que el legislador, a la hora de prever la pena para el tipo de delito en el que encaja el hecho principal, ha tenido ya en cuenta la previa o subsiguiente realización de ese otro hecho; y por otra, que el legislador no haya decidido que ese acto de aprovechamiento, aseguramiento o de autoprotección, deba sancionarse autónomamente, entre otras razones, en atención a un especial protección de bien jurídico que conculcan, diverso del delito al que subsiguen, o por entender, que precisamente este bien jurídico no ponderado en el delito inicial, justifica que deba ser objeto de sanción independizada por razones de política criminal, como por ejemplo al entenderlo un instrumento idóneo para combatir la criminalidad organizada, que directa o indirectamente con frecuencia subyace en la generación de riqueza ilícita y su retorno al circuito y flujo legal de capitales”. En este mismo fundamento, después de diferenciar el blanqueo de la receptación y del encubrimiento, y de predicar su carácter autónomo, el propio TS reconoce que resulta “de suma dificultad, aplicar determinadas actividades típicas del artículo 301 CP, al propio autor del delito previo o determinante”, trayendo a colación el Informe del CGPJ del año 2010 y destacando que tal complejidad se produce a propósito de la modalidad de “posesión”. Por este motivo se muestra tajante al afirmar que “en las actividades típicas donde el autoblanqueo no conlleva un doble desvalor, la aplicación del criterio del concurso real no puede devenir automática”. A la hora de explicar los criterios de restricción con que opera, el Alto Tribunal indica: “se proponen diversos criterios de restricción teleológica, para considerar atípicos todos los objetos materiales de cuantía irrelevante, en virtud del principio de insignificancia, por su nula incidencia en el orden socioeconómico, así como en virtud de la inviabilidad de la absoluta exclusión de la actividad económica de cualquier ciudadano, que no puede serle privada las actividades de compra diaria para atender a las necesidades vitales cotidianas, de otro modo proscritas. Añade la STS 265/2015, de 29 de abril, con la cita de diversos precedentes, que la esencia del tipo lo integra 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; el que adquiera, posea, utilice, convierta, transmita o realice cualquier otro acto, para ser típico se exige que sea para ocultar o encubrir el origen ilícito de bienes procedentes de una actividad delictiva. Como expresaba la STS 884/2012, de 8 de noviembre y resulta de la idea de “alejamiento” de los bienes de su origen delictivo, “(...) para colmar el juicio de tipicidad no bastará, por tanto, con la constatación del tipo objetivo, será indispensable acreditar la voluntad de activar un proceso de integración o reconversión de los bienes obtenidos mediante la previa comisión de un hecho delictivo, logrando así dar apariencia de licitud a las ganancias asociadas al delito”. Por todo ello, no bastaría con adquirir, poseer o utilizar de cualquier modo las ganancias obtenidas ilícitamente para cometer delito de blanqueo. Es necesario atender a la idoneidad de los comportamientos imputados para incorporar bienes ilícitos al tráfico económico; y también a que esta idoneidad sea abarcada por la intención del autor, a través de su propósito de rentabilizar en canales financieros seguros las ganancias obtenidas. Criterios luego reiterados por las SSTS 408/2015 de 8 de julio y 747/2015 de 19 de noviembre”. España Tribunal Supremo, *Sentencia 693/2019*, 18 de octubre de 2019.

37 Carlos Martínez-Buján Pérez, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 619-621.

38 José Carlos Ferré Olivé, *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2018), 372-374.

39 Manuel Olmedo Cardenete, “Lineamientos actuales del delito de blanqueo de capitales”, en *Derecho Penal 2020* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), 747-749.



### 3. Toma de postura y algunas reflexiones conclusivas

A la hora de adscribirnos a un sector de opinión, no podemos pasar por alto que, *de lege lata*, la admisión del autoblanqueo es plena, y que la jurisprudencia ha efectuado notables esfuerzos de restricción de su alcance, recogiendo criterios doctrinales de limitación de su ámbito de aplicación, lo que resulta encomiable. Asimismo, hemos de reiterar que es un delito común, que el legislador no ha limitado el círculo de sujetos activos –lo que sí ha efectuado en la receptación o en el encubrimiento– y que, en efecto, el sujeto que comete el delito base puede llevar a cabo actos de ocultamiento o transferencia en los bienes dimanantes de aquel, por lo que cabe predicar un contenido de injusto específico y propio en esta segunda conducta, con la que se pretende el alejamiento de los bienes de su origen, así como su afloramiento y su reintroducción en el cauce económico-financiero de curso legal. Ello se constata, con mayor intensidad, en el ámbito propio de las organizaciones criminales, *v. gr.*, en materia de narcotráfico, donde la doctrina del autoblanqueo se ha desarrollado con mayor profusión. De esta manera, nos hallamos ante distintos bienes jurídicos que pueden ser afectados, por lo que descartamos los razonamientos de Martínez-Arrieta Márquez de Prado cuando subraya que se trata de un recurso del legislador para aumentar la represión y que los bienes jurídicos, en la "sociedad del riesgo", resultan difusos y se instrumentalizan con una finalidad represora. Mostramos nuestra frontal oposición a semejante planteamiento, que introduce la desconfianza general y que nos incardina en una esfera propia de un Estado policial. Antes al contrario, la pluriofensividad de las conductas es un argumento de primer orden para justificar la punición del autoblanqueo.

Dicho lo cual, no podemos pasar por alto que la redacción del art. 301.1 CP es muy desafortunada al respecto y que ha de ser objeto de severas restricciones. En primer lugar, es cierto que el blanqueo, en su génesis, tenía por objeto conductas de terceros, no de los propios autores del delito fuente y que, por ende, se configuraba como un tipo de ayuda o colaboración con otros. A su vez, se rechaza la apreciación de las modalidades de poseer y utilizar los bienes, por los graves escollos dogmáticos que presentan, al constituir fases de agotamiento del delito subyacente. Si se aprecia el concurso real con base en ellas se infringe de modo flagrante el principio *non bis in idem*. No se consideran aptas para afectar el interés tutelado en el reciclaje de activos, ni para ocultar los bienes, por lo que han de ser desterradas de este tipo. Cabe añadir que entre los criterios de restricción asumimos los propuestos por Abel Souto, que han sido cristalizados en la doctrina jurisprudencial: la restricción teleológica que toma como base el bien jurídico protegido y el principio de insignificancia. Además, negamos cualquier automatismo en su aplicación, lo que nos lleva a adoptar una tesis diferenciadora, que discrimine en función del tipo de delito fuente de que se trate, en orden a apreciar si su desvalor es suficiente, o bien, si con la ulterior transformación se ha operado un plus de antijuridicidad.

Otras líneas de restricción que asumimos vienen representadas por la doctrina de los actos neutros, de las actividades cotidianas, del riesgo permitido u otras formulaciones similares, y que, en última instancia, culminan en la valoración de la idoneidad de la conducta para vulnerar el bien jurídico protegido. Asumimos la complejidad de la tarea y, haciendo nuestros los postulados de Díaz y García Conlledo, estimamos esencial que se discrimine si la conducta ulterior "añade desvalor significativo a la actividad delictiva previa", para lo cual hemos de estar, de modo irremisible, al análisis minucioso de su significado. Además, otra limitación innegable a la aplicación del autolavado viene dada por la naturaleza del delito fuente: en efecto, no se puede predicar una solución general, sino que habrá de estudiarse a fondo cuál es el ilícito base, hasta dónde llega su fase de agotamiento y qué actos serían incardinables en ella, tomando en consideración, como refiere Castro Moreno<sup>43</sup>, si en el delito previo "existe una vocación de aprovechamiento económico", en cuyo caso no cabe la doble punición, "en la medida en que el aprovechamiento ya forma parte de la estructura del delito antecedente y ya (está) penado en éste".

Por lo tanto, como podemos observar, la admisión del autolavado que hemos efectuado es con múltiples cautelas, recelos y restricciones. En todo caso, se propone desde aquí que el legislador acometa una nueva redacción, más precisa y específica para esta figura, en la que se elimine toda referencia a la posesión, a la utilización y al conocimiento del origen de los bienes, y en la que se concrete qué modalidades de conducta del art. 301.1 CP son aptas para que se aprecie el autolavado. Reiteramos que son dignas de elogio las sucesivas limitaciones que se han efectuado en vía jurisprudencial, pero son un reflejo de la imprecisión del tipo, que requiere un esfuerzo hermenéutico por parte de la Sala 2ª, lo que propicia que esté llevando a cabo funciones que son propias del legislativo –y no del judicial–. El principio de taxatividad de los tipos se ve claramente conculcado en el delito de blanqueo, cuyo perímetro ha sido sometido a un continuo –e ilimitado– proceso de expansión exacerbada, que lleva a que en su seno quepa prácticamente cualquier conducta, lo que atenta contra toda seguridad jurídica.

En este sentido, debemos agregar lo reprochable que resulta el empleo del blanqueo de dinero –y, en este caso, del autoblanqueo– como un tipo comodín. El lavado de activos no constituye un delito de sospecha, ni se pueden confundir sus finalidades político-criminales con las de otras instituciones, como el decomiso. Hemos de anotar que, en la lucha contra el fraude fiscal y contra la criminalidad organizada, el legislador español cuenta con un notable arsenal de medidas disuasorias, preventivas, represivas y, en último término, con consecuencias accesorias –en esencia, el decomiso– que se han aproximado a una suerte de expropiación forzosa con un amplio ámbito de actuación. La persecución de los bienes de dudosa procedencia no se puede erigir en un fin que permita la vulneración de derechos fundamentales, ni puede dar pie a figuras omnicomprendidas, a restricciones de garantías procesales, a interpretaciones contra reo, a presunciones de ilegitimidad patrimonial, a inversiones de la carga de la prueba ni a intelecciones expansivas de los tipos que pugnen con el principio de legalidad. A ello se suma que el autoblanqueo constituye una suerte de remedio subsidiario en casos de prescripción del delito fuente, por lo que, *de facto*, y ante el carácter permanente de alguna modalidad típica de blanqueo, se opera con criterios de imprescriptibilidad, lo que debe ser duramente criticado. Así las cosas, el autolavado se convierte en la fórmula para salvar, de modo elíptico, los problemas de prescripción.

Por si ello fuera insuficiente, no podemos pasar por alto la incompatibilidad dogmática que presenta, en algunos delitos, el castigo del delito fuente y del ulterior blanqueo de los bienes por parte de la persona que cometió el ilícito base. Nos sumamos a la línea de pensamiento que coloca el énfasis en la vocación de aprovechamiento económico en el delito antecedente, en la existencia de un idéntico segmento de acción entre ambas infracciones y en las dudas que surgen a la hora de trazar las fronteras y de compartimentar los diferentes comportamientos. Entiéndase que no hacemos alusión a la criminalidad organizada, es decir, a las organizaciones criminales –según la comprensión recogida en el art. 570 bis CP–, en las que existe una industria delictiva y en las que el blanqueo juega un papel esencial en la dinámica comisiva, precisamente, como proceso de reincorporación de los bienes delictivos en el tráfico económico-financiero de curso legal con una apariencia de legitimidad. En tales supuestos no existe duda de que es factible la distinción de conductas y, por ende, la represión, en concurso real, de los delitos subyacentes y del ulterior blanqueo. Ello es así porque en estas operativas delictivas es factible la diferenciación de conductas, se puede apreciar una plena antijuridicidad material en el ulterior proceso de lavado de los ingentes bienes obtenidos, y tales acciones resultan idóneas para lesionar el bien jurídico protegido en el delito de blanqueo. Por lo tanto, queda fuera de toda duda, en este caso, la viabilidad del autoblanqueo.

No obstante, en aquellos supuestos en que no nos hallemos ante casos de criminalidad organizada y se trate de delitos fuente aislados en los que sus autores persigan un ánimo de lucro, una voluntad de enriquecimiento, una vocación de aprovechamiento económico o, en todo caso, porque se haya cometido el delito fuente con la finalidad de obtener y disfrutar unos determinados bienes, resulta, cuando menos discutible, que se pueda afirmar la factibilidad del precitado concurso real. En ocasiones, la jurisprudencia de la Sala 2ª ha deshecho estas

<sup>43</sup> Aitor Castro Moreno, "Capítulo V. Nuevas tendencias sobre el delito de blanqueo: ¿anteblanqueo? Delito fiscal, blanqueo de capitales y regularización tributaria", en *Corrupción y delito: Aspectos de Derecho Penal Español y desde la perspectiva comparada* (Madrid: Dykinson, 2017), 146 y 147, nota 12.

situaciones concursales discutibles, casando las sentencias recurridas y absolviendo del delito de blanqueo, si bien ha puesto el foco en la ausencia de prueba del elemento subjetivo del injusto consistente en la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes. Un ejemplo de ello se puede observar en la STS 499/2022<sup>44</sup>, de 29 de mayo, en que, frente a la previa condena por cohecho y blanqueo, el recurrente es absuelto del delito de blanqueo.

Como es de ver en dicha sentencia, en tales ocasiones no es posible afirmar con rotundidad la existencia de ambos delitos. Habrá de estarse a cada supuesto concreto, habrá de valorarse la concreta actividad realizada, habrá de tomarse en consideración la cadena de negocios jurídicos que se desarrollan y, muy especialmente, si subsiste la meritada ocultación de bienes, su alejamiento de su ilícita fuente productora y su afloramiento con apariencia de legitimidad. Conviene recordar que, en muchas ocasiones, se obvia lo sustancial: el blanqueo no es sino un proceso que busca el enmascaramiento, la separación de los bienes de su causa productora y su incorporación posterior en el tráfico económico. No podemos asumir interpretaciones expansivas en que cualquier contacto con bienes de apariencia dudosa sea reputado, *per se*, como un acto de blanqueo, siquiera imprudente. No es dable convertir a los ciudadanos en una suerte de delegados policiales, que hayan de observar unos deberes que el propio ordenamiento no les atribuye. Una comprensión semejante puede abocarnos a la parálisis en la actividad comercial, a un modelo económico basado en la desconfianza y en el que buena parte de los negocios jurídicos serían interinos, claudicantes y sometidos a la amenaza permanente de su ilegitimidad originaria.

En otro orden de consideraciones, debemos poner de relieve que, en el momento presente, la ciberdelincuencia se ha erigido en una de las principales problemáticas criminales y, significadamente, el fraude o estafa informática. Tales acciones comportan la obtención de cuantiosos fondos de procedencia delictiva que han de ser reincorporados en el tráfico económico de curso legal. En este sentido, juegan un papel destacado las criptomonedas y, en relación con ellas, están surgiendo nuevas operativas de blanqueo de bienes. De este modo, se está operando un traslado de la criminalidad organizada al ciberespacio, una adaptación de las dinámicas delictivas, se está buscando el refugio de los fondos delictivos en criptomonedas, precisamente, por su pretendido anonimato. A su vez, están surgiendo organizaciones y grupos que desarrollan su actividad delictiva, únicamente, en el ciberespacio. Por tal motivo, podemos vaticinar que la problemática del blanqueo y del autoblanqueo, en los próximos años, pasará, de modo indubitado, por su adaptación al ciberespacio, por el empleo de las TIC para enmascarar y aflorar los bienes, lo que requerirá una formación específica en las autoridades de control formal del delito. Así las cosas, habrá que analizar los nuevos *modus operandi* en las operativas de blanqueo de capitales, ligados a las TIC, sin que sea dable formular soluciones apriorísticas y generalizadas.

En consecuencia, si hemos sostenido –en este y en otros trabajos anteriores– una interpretación restrictiva del delito de blanqueo de dinero, que pugne con las tendencias expansionistas apuntadas, con mayor razón hemos de promover una intelección estricta y limitada de la figura del autoblanqueo. Entre los criterios de restricción del alcance del tipo de legitimación de fondos se han propuesto la finalidad de ocultación y encubrimiento, la teoría de los actos neutros, socialmente adecuados, la figura del riesgo permitido o el principio de insignificancia. De modo especial, hemos de tomar en consideración la idoneidad de la conducta en cuestión para afectar a los bienes jurídicos tutelados –licitud de los bienes en el tráfico económico-financiero de curso legal y Administración de Justicia–, y una interpretación teleológica que excluya del ámbito


punible aquellas acciones y omisiones que carezcan de la suficiente virtualidad como para afectar al orden socioeconómico. Hemos de excluir los comportamientos de bagatela y, en el ámbito del autoblanqueo, al margen de su admisión amplia en supuestos de criminalidad organizada, hemos de atender a la existencia de concursos de normas, a resolver, de modo prevalente, por la regla de consunción del art. 8.3<sup>a</sup> CP. Debe analizarse con prudencia si el delito fuente y el ulterior lavado se incardinan en el mismo segmento de acción, si el segundo constituye una actuación inevitable si se pretende el aprovechamiento de los rendimientos del delito fuente y, en consecuencia, estimar que en tales supuestos el tipo base colma el total desvalor del conjunto. Una interpretación contraria a la propuesta puede vulnerar el *non bis in idem* y llevar a la imposición de penalidades desproporcionadas, no acordes con la culpabilidad del sujeto.

<sup>44</sup> STS 499/2022, de 29 de mayo, en que se consigna: “Sin embargo, como se ha dicho, la naturaleza delictiva de los hechos no está en su aptitud para ocultar la procedencia ilícita de los bienes, sino en que el sujeto activo los ejecute con esa finalidad. Ese es el elemento esencial del tipo penal que contemplamos, correspondiendo a la acusación acreditar, más allá de toda duda razonable, que la finalidad perseguida por la operación fue precisamente alcanzar ese disímulo.

Y esa intención no puede extraerse de manera concluyente de los elementos de inferencia que maneja la sentencia impugnada”. España Tribunal Supremo, Sentencia 499/2022, 24 de mayo de 2022.

## 4. Bibliografía

- Abel Souto, Miguel. "La reforma penal española de 2010 sobre el blanqueo, las nuevas técnicas de comisión delictiva y el uso de las telecomunicaciones para el blanqueo". En *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- Benítez Ortúzar, Ignacio Francisco. "Evolución legislativa del delito de blanqueo de capitales en legislación penal español". En *El lavado de dinero en el siglo XXI. Una visión desde los instrumentos jurídicos internacionales, la doctrina y las leyes en América Latina y España*. México: Universidad Autónoma de Sinaloa-Unijuris, 2015.
- Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y Eduardo A. Fabián Caparrós. "La «emancipación» del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español (1)". *Diario La Ley*, n.º 7535 (2010).
- Campaner Muñoz, José. *El autoblanqueo de capitales tras la reforma penal de 2010 y su necesaria consideración como acto copenado o autoencubrimiento impune*. España: Editorial Jurídica Sepin, 2011.
- Castro Moreno, Aitor. "Capítulo V. Nuevas tendencias sobre el delito de blanqueo: ¿antebanqueo? Delito fiscal, blanqueo de capitales y regularización tributaria", en *Corrupción y delito: Aspectos de Derecho Penal Español y desde la perspectiva comparada*. Madrid: Dykinson, 2017.
- Cobo del Rosal, Miguel y Cristina Zabala López-Gómez. *Blanqueo de capitales. Abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios*. Madrid: CESEJ, 2005.
- Consejo de Europa. *Convenio del Consejo de Europa sobre blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito*. 8 de noviembre de 1990.
- Del Carpio Delgado, Juan. "La posesión y utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo de capitales". *Revista General de Derecho Penal*, n.º 15 (2011).
- Díaz y García Conlledo, Miguel. "El castigo del autoblanqueo en la reforma penal de 2010: La autoría y la participación en el delito de blanqueo de capitales". En *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- España. *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995.
- . *Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo*. Boletín Oficial del Estado, 24 de abril de 2010.
- España Tribunal Supremo. *Sentencia 408/2015*. 8 de julio de 2015.
- . *Sentencia 858/2013*, 21 de noviembre de 2013.
- . *Sentencia 693/2019*. 18 de octubre de 2019.
- . *Sentencia 499/2022*. 24 de mayo de 2022.
- Faraldo Cabana, Patricia. "Antes y después de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales". *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 34 (2014): 44-54.
- Fernández Bermejo, David. "La desatinada regulación penal del autoblanqueo de capitales". *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, n.º 128 (2017).
- Fernández Teruelo, José Guillermo. "El nuevo modelo de reacción penal frente al blanqueo de capitales (los nuevos tipos de blanqueo, la ampliación del comiso y su la integración del blanqueo en el modelo de responsabilidad penal de las empresas)". *Diario La Ley*, n.º 7657 (2011).
- Ferré Olivé, José Carlos. *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- Galán Muñoz, Avelino y Elena Núñez Castaño. *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- González Cussac, José Luis. "Lección XXIX. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (y XII): Receptación y blanqueo de capitales". En *Derecho Penal. Parte especial, 5ª edición revisada y actualizada a la Ley Orgánica 1/2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- González Uriel, Daniel. *Relaciones entre el delito de blanqueo de dinero y el delito de defraudación tributaria*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2022.
- Gutiérrez Rodríguez, Manuel. "Acelerar primero para frenar después: la búsqueda de criterios restrictivos en la interpretación del delito de blanqueo de capitales". *Revista General de Derecho Penal*, n.º 24 (2015).
- Lascuraín Sánchez, Juan Antonio. "Blanqueo de capitales". En *Derecho penal económico y de la empresa*. Madrid: Dykinson, 2018.
- Manjón-Cabeza Olmeda, Antonio. "Capítulo 39. Receptación y blanqueo de capitales (arts. 301 y 302)". En *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- Martín Sagrado, Oscar. "La determinación del bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de capitales y el autoblanqueo. Un debate que no cesa". *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 2206 (2018).
- Martínez-Arrieta Márquez de Prado, Ignacio. *El autoblanqueo. El delito fiscal como delito antecedente del blanqueo de capitales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
- Martínez-Buján Pérez, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Matallín Evangelio, Adán. "El 'autoblanqueo' de capitales". *Revista General de Derecho Penal*, n.º 20 (2013): 18-44.
- Morillas Cueva, Luis. "Aspectos dogmáticos y político-criminales del delito de blanqueo de capitales". *Revista Foro FICP*, n.º 2 (2013).
- Muñoz Cuesta, Francisco Javier. "El delito de blanqueo de capitales. Alcance después de la reforma del art. 301 por LO 5/2010: autoblanqueo y delito fiscal". *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 2 (2013).
- Olmedo Cardenete, Manuel. "Lineamientos actuales del delito de blanqueo de capitales". En *Derecho Penal 2020*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- Polaino-Orts, Miguel. "Normativización de los títulos de imputación en el blanqueo de capitales: cuestiones problemáticas fundamentales de Parte General". En *Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado*. Lima: JURISTA EDITORES E.I.R.L., 2015.
- Quintero Olivares, Gonzalo. "Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 12 (2010): 1-20. <http://criminet.ugres/recpc/12/recpc12-r2.pdf>.
- . "La lucha contra la corrupción y la pancriminalización del autoblanqueo". *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º Extra 38 (2018).
- Serrano González de Murillo, José Luis. "Delito fiscal y bienes con origen en actividad delictiva como objeto de blanqueo". *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 111 (2013).
- Vidales Rodríguez, Carlos. "Blanqueo, ¿qué es blanqueo?: estudio del artículo 301.1 del Código Penal Español tras la reforma de la L.O. 5/2010". *Revista General de Derecho Penal*, n.º 18 (2012).



La incidencia de la utilización de jurisdicciones no cooperativas en la problemática de la consideración del delito fiscal como delito subyacente conexo al delito de

# BLANQUEO DE CAPITAL

*Daniel Eduardo Márquez Lasso<sup>1</sup>*

**Resumen:** Tradicionalmente se ha entendido el blanqueo de capitales como aquella actividad que, con la intención primera de ocultar el origen de un beneficio obtenido ilícitamente, trata de incorporar al mercado legal dicho beneficio – capital – de forma que parezca provenir de fuentes legítimas. Podemos afirmar que el blanqueo de capitales es consecuencia, generalmente, de la comisión de otros delitos como, por ejemplo, e históricamente, el tráfico de estupefacientes, aunque actualmente se haya ligado a la aparición de mecanismos de pago de difícil rastreo, como son los *bitcoins* u otras plataformas análogas. Sin embargo, en el caso del delito fiscal, la conexión entre ambos tipos no aparece dibujada de una manera tan nítida e inequívoca.

**Palabras clave:** Blanqueo de capitales; Paraísos fiscales; Jurisdicciones no cooperativas; Delito fiscal.

**Abstract:** Traditionally, money laundering has been understood as the activity aimed at concealing the origin of unlawfully obtained profits by incorporating such proceeds – capital – into the legal market in a manner that appears to stem from legitimate sources. It can be asserted that money laundering generally stems from the commission of other crimes such as, for example, historically, drug trafficking, although it is currently linked to the emergence of payment mechanisms that are difficult to trace, such as bitcoins or similar platforms. However, in the case of tax evasion, the connection between the two types of crimes is not drawn in such a clear and unequivocal manner.

**Keywords:** Money laundering; Tax havens; Non-cooperative jurisdictions; Tax crime.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Delimitación conceptual histórica de paraíso fiscal. 3. La evolución del concepto de paraíso fiscal al de jurisdicciones no cooperativas. 4. El concepto de blanqueo de capitales en relación con el delito fiscal y a los elementos que lo constituyen. 5. La utilización de jurisdicciones no cooperativas en el ámbito del ilícito tributario y su relación con el blanqueo de capitales.

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela. Máster en Fiscalidad Internacional y Comunitaria por la Universidad de Santiago de Compostela. Abogado y Socio Director de Stellvest Tax Legal Advisory. Profesor de Derecho Financiero de la Universidad Complutense de Madrid. Director Académico del Máster en Fiscalidad Internacional de la Universidad Internacional de la Rioja

## 1. Introducción

No parece existir duda alguna en que el blanqueo de capitales consiste en aquella actividad que, con la intención primera de ocultar el origen de un beneficio obtenido ilícitamente, trata de incorporar al mercado legal dicho beneficio –capital– de forma que parezca provenir de fuentes legítimas. Tampoco parece existir dudas sobre la afirmación genérica del origen del blanqueo de capitales, entendido como una actividad asociada a una serie de tipos concretos, como puede ser el tráfico de drogas. Sin embargo, hoy en día este delito se comienza a relacionar, cada vez más, con la aparición de mecanismos de fraude y evasión fiscal, o con aquellos modelos de pago de difícil rastreo, como son los *bitcoins* u otras plataformas análogas.

A nadie se le escapa, en este sentido, que toda actuación en torno a la lucha contra el blanqueo de capitales se realiza en conjunción a un despliegue de actuaciones de investigación en torno al delito que ha originado, precisamente, la ganancia ilícita que se pretende blanquear, de forma que pueda llegar a identificarse el origen, los movimientos y el destino final de dicho capital considerado *ilícito*.

Sin embargo, la relativamente reciente inclusión de la cuota defraudada en el delito fiscal como un activo cuya adquisición o posesión sitúa *su origen* en un delito y, por tanto, la conecta directamente con el blanqueo de capitales, no está exenta de cierta polémica. Aquello, puesto que, mientras un sector de la doctrina entiende que los bienes que proceden del delito fiscal, es decir, la cuota tributaria defraudada, supone el objeto material del blanqueo. Enfrentado a esta doctrina se encuentra aquella que sostiene que el delito fiscal no puede ser antecedente del delito de blanqueo de capitales, pues la cuota tributaria no se genera con la comisión del delito fiscal, sino que ya integra el patrimonio –legal– del defraudador y, por tanto, no tiene su origen en actividad delictiva alguna.

Distinto escenario se abre, sin duda alguna, cuando entra en juego la utilización de jurisdicciones no cooperativas en la actuación defraudatoria, pues, en estos casos, la propia ocultación de la cuota tributaria puede delimitar, *per se*, su calificación de ilícita a los



efectos del presente análisis<sup>2</sup>.

## 2. Delimitación conceptual histórica de paraíso fiscal

Los países de todo el mundo han considerado tradicionalmente la planificación fiscal como una práctica legítima, aunque la necesidad de acotar los límites en los que puede ser ejercitada ha sido, y actualmente lo es aún más, una de las eternas controversias del Derecho tributario. La libertad de organizar los intereses económicos de la mejor manera que convenga a cada individuo y a sus intereses puede considerarse un dogma del actual sistema económico que impera en prácticamente todo el mundo civilizado, aunque choque frontalmente con otro principio básico: la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos<sup>3</sup>. Por otro lado, cada país es, sin duda alguna, "soberano para exigir y graduar los impuestos que recaen sobre las rentas de sus residentes, no solo en el gravamen de las obtenidas en su territorio sino, incluso, en aquellas que puedan obtener fuera de él"<sup>4</sup>.

Por tanto, es del todo evidente que la capacidad tributaria instrumenta la posición competitiva de los Estados, lo que los lleva a

plantear su configuración como regímenes fiscales preferenciales, con la finalidad de atraer hacia su territorio inversión y bases imponibles no residentes en un escenario *race to the bottom*. En este sentido, la competencia fiscal perniciosa aparece, precisamente, cuando se usa el elemento fiscal para atraer capitales o bases imponibles, o cuando surgen ventajas fiscales injustificadas, o exorbitantes, que acaban siendo el fundamento o, al menos, uno de los fundamentos esenciales en la

localización de una actividad o renta<sup>5</sup>

por parte de quienes optan por el ejercicio de la planificación fiscal mediante la deslocalización o la instrumentalización.

Sin embargo, muchos de estos países no solo utilizan políticas fiscales que entrañan un bajo nivel de ingresos fiscales o, incluso, su total supresión, sino que van unidos a una falta de transparencia y ausencia de intercambio de información que permite que se conviertan en un auténtico *refugio (tax haven)* para ciertos tipos de capitales o rentas móviles, permitiéndoles ocultar la existencia de dichas rentas o capitales a la Administración Tributaria de su Estado de residencia.

Esta competitividad perniciosa se mantuvo en alza hasta que el escenario se vio abocado a un cambio necesario, coincidente con la reflexión de Ralston acerca de la existencia de una

convicción ideológica, romántica, procedente de una teoría político-económica incluida en una fuerza, en apariencia inevitable, llamada globalización, que encierra una pequeña y divertida palabra llamada crecimiento, y mientras haya crecimiento, todo irá bien, y mientras hubo una época en que los profetas de la globalización lo enfatizaban ahora afirman que estaban equivocados y que el Estado de Derecho nacional es lo realmente importante.<sup>6</sup>

Unido a una corriente más restrictiva respecto de las políticas *race to the bottom*, la lucha contra las jurisdicciones denominadas paraísos fiscales comienza a intensificarse, en tanto que la erosión de bases imponibles a través de este tipo de jurisdicciones ha llegado a convertirse en una auténtica lacra para las arcas públicas de los países. En simples datos, "el 27% de la riqueza financiera extraterritorial no está sujeta a impuestos en 2022, lo que representa el 3,2%

2 Daniel Eduardo Márquez Lasso, "La problemática de la consideración del delito fiscal como delito subyacente conexo al delito de blanqueo de capitales en el ámbito del Derecho de la Unión Europea", en *Actualidad de Derecho Penal* (Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2023), 229 y sig.

3 Daniel Eduardo Márquez Lasso, *Estructuras y operaciones de planificación fiscal agresiva: sistematización y calificación tributaria* (Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2021).

4 vid. Pablo Chico de la Cámara, "Los límites difusos entre la competencia fiscal lesiva y beneficiosa: una reflexión sobre la necesidad de armonizar la imposición directa", en *Estudios sobre fiscalidad internacional y comunitaria* (Madrid: Colex, 2005), 216.

5 José María Vallejo Chamorro, "La competencia fiscal perniciosa en el seno de la OCDE y la Unión Europea", *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, n.º 825 (2005): 148.

6 John Ralston Saul, *El colapso de la globalización y la reinención del mundo* (Barcelona: RBA Libros, 2012), 15 y sig.

del PIB mundial<sup>7</sup> y aunque ha habido avances desde 2012 y, especialmente, desde la puesta en marcha del *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)* de la OCDE

estructuras artificiosas con la única finalidad de facilitar la elusión fiscal e inhiben el intercambio efectivo de información.<sup>15</sup>

una cantidad persistentemente elevada de beneficios se desplaza a paraísos fiscales, situándose en una cifra algo superior al billón de dólares en 2022, lo que equivale al 35% de todos los beneficios de empresas multinacionales contabilizados fuera de su país de sede. Las pérdidas de ingresos fiscales causadas por este desplazamiento son significativas, el equivalente a casi el 10% de los ingresos por impuestos de sociedades recaudados en todo el mundo, siendo las multinacionales estadounidenses responsables de cerca del 40% del desplazamiento mundial de beneficios, y los países de Europa continental resultan los más afectados por esta evasión.<sup>8</sup>

Parece lógico afirmar que

la lucha contra la erosión de bases imponibles necesita una acción conjunta, multijurisdiccional y coordinada, para poder tener éxito, toda vez que la elusión fiscal ha desembocado en la creación de estructuras de planificación cada vez más sofisticadas, cada vez más extendida internacionalmente y que, en la práctica, permiten la transferencia de los beneficios imponibles hacia países con regímenes fiscales favorables, pero lo cierto es que, lejos de una actuación extendida, los múltiples criterios adoptados por países y organizaciones internacionales han favorecido la proliferación de estructuras *conduits*.<sup>9</sup>

Y esto es así porque la lucha a nivel internacional contra este tipo de jurisdicciones se ha topado, históricamente, con el escollo de su falta de conceptualización única e inequívoca, siendo así que lo primero que debe tenerse en cuenta es que no ha existido una definición precisa. El fenómeno es de una complejidad tal que las instituciones internacionales que lo han estudiado no han llegado a ningún consenso acerca de lo que son realmente los paraísos fiscales<sup>10</sup>, adoptando para su definición múltiples acepciones<sup>11</sup>, como centros financieros, centros bancarios o instalaciones financieras internacionales, centros *offshore*, zonas extraterritoriales<sup>12</sup> o refugios de impuestos<sup>13</sup>.

Sentado lo anterior, procede en este instante abordar una formulación más precisa del concepto de paraíso fiscal, sin perder de vista la base de que no ha habido nunca una definición plenamente aceptada del término. Podría entenderse, *prima facie*, como "un país o territorio, más o menos autónomo, en donde los inversores extranjeros que mantienen cuentas bancarias o constituyen sociedades en su jurisdicción no pagan impuestos o son insignificantes"<sup>14</sup>.

McIntyre, Phillips y Baxandall, entre otros autores renombrados, los definen como

aquellas jurisdicciones que cuentan con una baja o nula imposición, y cuya legislación no sólo protegen el secreto bancario y financiero, sino que, además, carecen de transparencia, facilitan la implantación de

La Comisión Europea, por su parte, ha afirmado que "los paraísos fiscales se corresponden generalmente con aquellos territorios que pueden financiar sus servicios públicos sin recaudar ningún impuesto sobre la renta, o recaudando solo un impuesto muy bajo, y que permiten a los no residentes evitar los impuestos de su país de residencia"<sup>16</sup>. Así, sobre la base de las listas publicadas por, al menos, diez Estados miembros, ha publicado una *lista paneuropea* comprensiva de las jurisdicciones que considera paraísos fiscales, si bien hay que matizar que esta utilización de *listas negras* de paraísos fiscales es una práctica relativamente poco extendida en el seno de la Unión, siendo utilizada, más bien, a efectos de transparencia fiscal internacional. Según se estableció en la renombrada Comunicación de 2016, relativa a la fijación de una estrategia exterior para una imposición efectiva<sup>17</sup>, esta lista se planteaba como una solución provisional mientras avanzaba el trabajo hacia el objetivo final, a saber, un sistema común de la Unión Europea para la evaluación, escrutinio y elaboración de una lista de terceros países.

En conclusión, se puede observar que la falta de acuerdo en torno a la definición de paraíso fiscal ha sido reveladora de una ausencia de un marco común, lo que se traduce en una dicotomía entre el discurso político en torno a la lucha contra los mecanismos de evasión fiscal a través de paraísos fiscales y su práctica efectiva. Y es que, si bien existe una serie de parámetros objetivos de calificación, fundamentalmente la existencia de un factor tributario imprescindible que delimite el concepto de paraíso fiscal, como puede ser la inexistencia de tributos sobre la renta o su existencia meramente nominal (*no or only nominal taxes*), la ausencia de un intercambio efectivo de información o la falta de transparencia, la gran mayoría de iniciativas de lucha contra la utilización de los paraísos fiscales han estado encaminadas a una constante reformulación de su propio concepto y naturaleza, focalizados, en una última etapa, a tímidos acuerdos de intercambio de información más que a una verdadera acción conjunta que permita eliminar la existencia de estas jurisdicciones<sup>18</sup>.

### 3. La evolución del concepto de paraísos fiscales al de jurisdicciones no cooperativas al amparo de la Ley 11/2021 y la transposición de la Directiva 2016/1164

Conviene anteceder que la OCDE, en su informe denominado *Harmful Tax Competition: An emerging global issue*, de 1998, ya hizo referencia a la existencia de un considerable número de Estados que habían establecido, o lo estaban considerando, una serie de políticas fiscales que tenían como única finalidad la de atraer bases imponibles móviles, especialmente en el ámbito financiero. Proporcionando, así, una localización favorable para las inversiones pasivas de capital y siendo diseñados, en muchos casos, para servir de *conduits* en la movilidad de capitales transfronterizos, basándose no sólo en la normativa general de dicho Estado, sino en normativa expresamente creada para facilitar dichos regímenes.

La característica esencial que, según el citado informe, debía reunir un régimen concreto para

<sup>7</sup> Annette Alstadsæter, et al., *Global Tax Evasion Report 2024* (Paris: EU Tax Observatory, 2023), [https://www.taxobservatory.eu/www-site/uploads/2023/10/global\\_tax\\_evasion\\_report\\_24.pdf](https://www.taxobservatory.eu/www-site/uploads/2023/10/global_tax_evasion_report_24.pdf).

<sup>8</sup> Annette Alstadsæter, et al., *Global Tax Evasion Report 2024*.

<sup>9</sup> Daniel Eduardo Márquez Lasso, "El nuevo marco conceptual de los paraísos fiscales y las jurisdicciones no cooperativas al amparo de la Ley 11/2021 de medidas para la prevención del fraude fiscal y transposición de la Directiva 2016/1164", en *Comentarios a la ley 11/2021 de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal* (A Coruña: Editorial Colex, 2023), 115 y sig.

<sup>10</sup> Alberto Garzón Espinosa, "Paraísos fiscales en la globalización financiera", *Historia Actual Online*, n.º 26 (2011): 143.

<sup>11</sup> Vid. Roland Blomeyer y Margarita Sanz, *European initiatives on eliminating tax havens and offshore financial transactions and the impact of these constructions on the Union's own resources and budget* (Brussels: European Parliament, 2013), 33, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/490673/IPOL-JOIN\\_ET\(2013\)490673\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/490673/IPOL-JOIN_ET(2013)490673_EN.pdf).

<sup>12</sup> Ahmed Zoromé, "Concept of Offshore Financial Centers: In Search of an Operational Definition", en *IMF Working Paper WP/07/87, International Monetary Fund* (Washington DC: IMF Working Paper, 2007), 4: "There is no consensus among scholars and practitioners on what constitutes an Offshore Financial Centre, even though various attempts have been made to define OFCs, since they started to have an impact on international financial markets in the early 1970s. Many variants of the term have been used, including International Financial Centre (IFC), International Banking Centre (IBC), International Banking Facilities (IBFs), and Offshore Banking Centre. All these terms broadly refer to the same concept of offshore financial centre".

<sup>13</sup> José María Martínez Selva, *Los paraísos fiscales: uso de las jurisdicciones de baja tributación* (Madrid: Ediciones Jurídicas Dijusa, 2009), 25.

<sup>14</sup> Jorge Rafael Figueroa Elenes, Pablo Martín Urbano y JI Sánchez Gutiérrez, "Globalización y paraísos fiscales", *XIV Jornadas de Economía Crítica: perspectivas económicas alternativas* (2014): 86.

<sup>15</sup> Robert S. McIntyre, Richard Phillips y Phineas Baxandal, *Offshore Shell Games 2015: The Use of Offshore Tax Havens by Fortune 500 Companies* (Washington DC.: Citizens for Tax Justice and U.S. PIRG Education Fund, 2015), 5.

<sup>16</sup> Documentos de trabajo de los servicios de la Comisión relativos al Plan de acción para reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal, a la Recomendación de la Comisión relativa a las medidas encaminadas a fomentar la aplicación, por parte de terceros países, de normas mínimas de buena gobernanza en el ámbito fiscal y a la Recomendación de la Comisión sobre la planificación fiscal agresiva (COM (2012) 722 final - SWD (2012) 403 final), SWD (2012) 404 final, Bruselas, 6.12.2012.

<sup>17</sup> Parlamento Europeo y al Consejo de la Unión Europea, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: Estrategia exterior para una imposición efectiva*, 28 de enero de 2016, COM/2016/024 final.

<sup>18</sup> Daniel Eduardo Márquez Lasso, *Estructuras y operaciones de planificación fiscal agresiva: sistematización y calificación tributaria*.

ser considerado como fiscalmente perjudicial era que su aplicación conllevara una nula o baja imposición, aunque dicha condición suponía una regla necesaria, aunque insuficiente por sí sola, debiendo cumplir, además, cualquiera de las reglas establecidas en dicho texto<sup>19</sup>.

Su aplicación práctica derivó en la consideración de la inexistencia de un nivel impositivo mínimo y la ausencia de actividad sustancial en el territorio, como factores clave en la determinación de un territorio como paraíso fiscal, lo cual no estuvo en absoluto ausente de críticas, lo que hizo que, a partir del año 2000, la OCDE avanzara hacia una distinción entre paraísos fiscales cooperativos y no cooperativos.

Para ello, hizo depender la inclusión en la lista de no cooperativos en relación con el firme compromiso de las jurisdicciones controvertidas de abandonar las prácticas nocivas<sup>20</sup>, estableciendo como criterios esenciales de determinación la falta de intercambio de información efectiva y/o la existencia de normativas o prácticas administrativas poco transparentes, aspectos que, sin embargo, no eran de aplicación para los regímenes catalogados como *perniciosos*, ya que el criterio de estanquidad seguía siendo predominante. La OCDE, por tanto, identifica los paraísos fiscales como aquellos territorios de nula tributación que no intercambian información de forma efectiva y que se nutren de prácticas administrativas poco transparentes, si bien desde la publicación de su informe titulado *Towards a Level Playing Field* deja de utilizar la referencia al concepto de paraísos fiscales para referirse, de forma sistemática, al de jurisdicciones no cooperativas<sup>21</sup>. Con la entrada en escena del plan referido a las estrategias de planificación fiscal utilizadas para cambiar artificiosamente los beneficios a lugares de escasa o nula tributación (BEPS)<sup>22</sup>, se generalizará la utilización del término jurisdicciones no cooperativas, refiriéndose a aquellas que no acceden a intercambiar la información exigida, de forma automática o de forma espontánea y que incumplen la aplicación de las medidas de fondo que supondrían límites a la regulación de cada territorio.

Como podemos observar, el concepto de jurisdicciones no cooperativas, como ya ocurrió con el de paraíso fiscal, no se define legalmente, lo que conlleva que la relación de países y territorios que tienen la consideración de jurisdicciones no cooperativas se actualizará de forma dinámica y atendiendo a una serie de criterios, esencialmente, el que determina el efectivo intercambio de información, especialmente, en lo concerniente a nuestro eje central del presente trabajo, al titular real definido en los términos de la normativa en materia de prevención del blanqueo de capitales.

<sup>19</sup> OCDE, *Harmful Tax Competition: An emerging global issue* (Paris: OECD Publishing, 1998), 25-34: La reglas que deben cumplirse son: a) que sea un régimen considerado *ring-fencing*, es decir, que sea de aplicación exclusiva a personas o entidades no residentes – principio de estanquidad subjetiva – y que las personas o entidades favorecidas por el régimen especial tengan prohibido, explícita o implícitamente, el desarrollo de actividades en el ámbito doméstico del Estado que aplica tal régimen – principio de aislamiento o estanquidad objetiva –; b) que sea un régimen en el que exista una falta de transparencia, especialmente en la aplicación del sistema fiscal a nivel legal, reglamentario o de funcionamiento administrativo y; c) que sea un régimen que no facilite a terceros un intercambio efectivo de información. Básicamente, el informe consideraba que, si bien no todo régimen preferencial era perjudicial, aquellos que tuvieran como objetivo rentas de naturaleza móvil, que fueran potencialmente perniciosos y que, a través de su utilización, produjeran efectos económicos realmente lesivos, debían ser considerados perjudiciales. Otros requisitos que complementan a los anteriores, en aquellos casos que pudieran considerarse como dudosos, son la inaplicación de las reglas internacionales sobre precios de transferencia; la utilización de *Tax Rulings*; la nula imposición de ganancias de capital obtenidas por personas o entidades no residentes; la existencia de un determinado nivel de secreto bancario; la posibilidad de acceder a la aplicación de un considerable número de Convenios de Doble Imposición que facilite el *Treaty Shopping*; la promoción publicitaria de dichos regímenes como vehículos preferentes a la hora de minimizar la carga tributaria en la fuente; y la posibilidad de minorar artificialmente bases imponibles.

<sup>20</sup> Vid. OCDE, *2000 Progress Report: Towards Global Tax Co-operation: Progress in Identifying and Eliminating Harmful Tax Practices* (Paris: OECD Publications, 2001); y, OCDE, *The OECD's Project on Harmful Tax Practices: The 2001 Progress Report* (Paris: OECD Publications, 2001).

<sup>21</sup> OCDE, *Tax Co-operation Towards a Level Playing Field* (Paris: OECD Publishing, 2006).

<sup>22</sup> OCDE, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* (Paris: OECD Publishing, 2013).

## 4. El concepto de blanqueo de capitales en relación con el delito fiscal y a los elementos que lo constituyen

En términos generales, se puede afirmar que el blanqueo de capitales consiste en ocultar o encubrir el origen de beneficios obtenidos ilícitamente de forma que parezcan provenir de fuentes legítimas, aunque su característica esencial es que suele tener conexión con otros delitos. Por tanto, la punición del delito de blanqueo de capitales requiere, en la mayor parte de los supuestos, que se haya cometido una actividad delictiva previa, denominada subyacente, de la que provengan los bienes que, posteriormente, se someten a un procedimiento de lavado al objeto de que puedan ser introducidos en el curso legal de la economía.

En tal sentido, Nieto Montero entiende muy acertadamente que el delito de blanqueo se configura como un delito *accesorio* o *subsidiario*, en la medida en que se requiere de una actividad delictiva previa de las que hayan derivado bienes (especialmente dinero) para, finalmente, realizar la conducta típica<sup>23</sup>.

La normativa española, en su intento de plasmar un concepto inequívoco, opta por enumerar una serie de actividades que configuran el blanqueo de capitales:

- a) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a personas que estén implicadas a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos.
- b) la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la localización, la disposición, el movimiento o la propiedad real de bienes o derechos sobre bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva.
- c) la adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que proceden de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva.
- d) la participación en alguna de las actividades mencionadas en las letras anteriores, la asociación para cometer este tipo de actos, las tentativas de perpetrarlas y el hecho de ayudar, instigar o aconsejar a alguien para realizarlas o facilitar su ejecución.<sup>24</sup>

Resulta interesante señalar que, tal y como expresa literalmente la norma aludida:

se entenderá por bienes procedentes de una actividad delictiva todo tipo de activos cuya adquisición o posesión tenga su origen en un delito, tanto materiales como inmateriales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos jurídicos con independencia de su forma, incluidas la electrónica o la digital, que acrediten la propiedad de dichos activos o un derecho sobre los mismos, con inclusión de la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública.<sup>25</sup>

En el ámbito del Derecho de la Unión Europea, el artículo 1.3 de la Directiva 2015/849 considera blanqueo de capitales

la conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad o un hecho delictivo o de la participación en ese tipo de actividad, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a personas que estén implicadas en dicha actividad a eludir las consecuencias jurídicas de su acto; la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la localización, la disposición, el movimiento o la propiedad reales de bienes o de derechos sobre esos bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en

<sup>23</sup> Juan José Nieto Montero, "Relaciones del blanqueo de dinero con el delito fiscal y la tributación de actividades ilícitas", en *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), 392.

<sup>24</sup> España, *Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo*, Boletín Oficial del Estado, 29 de abril de 2010, art. 1, numeral 2.

<sup>25</sup> España, *Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo*, art. 1, numeral 2.

ese tipo de actividad; la adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad; y la participación en alguna de las acciones anteriores, la asociación para cometer ese tipo de acciones, las tentativas de perpetrarlas y el hecho de ayudar, instigar o aconsejar a alguien para realizarlas o para facilitar su ejecución.<sup>26</sup>

Por su lado, a la enumeración de actividades susceptibles de ser consideradas como idóneas para la comisión del delito de blanqueo de capitales, se le incorpora la definición de actividad delictiva contenida en el artículo 3.4 del mismo cuerpo legal, quedando configurada como

cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de, entre otros citados, los delitos graves siguientes: [...] f) todos los delitos, incluidos los delitos fiscales relacionados con los impuestos directos e indirectos definidos en la legislación nacional de los Estados miembros, que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad privativa de libertad de duración máxima superior a un año o, en los Estados miembros en cuyo sistema jurídico exista un umbral mínimo para los delitos, todos los delitos que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad privativa de libertad de duración mínima superior a seis meses.<sup>27</sup>

Por tanto, al establecer el artículo 301 del vigente Código Penal español que comete delito de blanqueo de capitales "el que adquiera, posea, utilice, convierta o transmita bienes, sabiendo que estos 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"<sup>28</sup>, podemos concluir que el delito de blanqueo, como expusimos, tiene su origen en la comisión de otro delito –aunque parece más acertada la expresión *de la comisión de otra actividad delictiva*– y que, además, se debe entender que de dicha *actividad delictiva* surge una ganancia patrimonial que se pretende introducir de nuevo en el tráfico mercantil. Del tenor literal del artículo 305 del mismo cuerpo legal se extrae que comete delito fiscal

quien defraude a la Hacienda Pública eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada [...] exceda de ciento veinte mil euros [...].<sup>29</sup>

Atendiendo a dicha definición, resulta del todo necesario analizar el concepto de cuota tributaria, entendiéndose como tal aquella manifestación de la capacidad económica del contribuyente, preexistente en su patrimonio, que se encuentra sometida a gravamen en virtud de la normativa aplicable en el tributo que le corresponda, y que debe ser ingresada a favor de la Hacienda Pública. Se evidencia, en conclusión, que el núcleo del problema se centra en el análisis de si la cuota tributaria no ingresada tiene encaje en los bienes susceptibles de blanqueo, entendidos como aquellos que, teniendo origen en una actividad delictiva se incorporan al patrimonio del sujeto activo del delito, es decir, que se produce una ganancia patrimonial inexistente con anterioridad a la comisión del delito primigenio que origina la imputación del blanqueo de capitales.

La duda nace desde que, *prima facie*, la cuota tributaria –defraudada– supone una manifestación de riqueza ya existente en el patrimonio del contribuyente, por mucho que este no la hubiera ingresado en aplicación del tributo que le correspondiera, lo que ahonda en el problema que

<sup>26</sup> Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, 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 modifica el Reglamento (UE) núm. 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión*, 5 de junio de 2015, art. 1.3, DOUE-L-2015-81123, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2015-81123>.

<sup>27</sup> Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, 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 modifica el Reglamento (UE) núm. 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión*, art. 3.4.

<sup>28</sup> España, *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, art. 301, numeral 1.

<sup>29</sup> España, *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, art. 305.

supone definir el concepto de delito fiscal como delito subyacente conexo al delito de blanqueo de capitales enraizado con la utilización de estructuras o de operaciones involucradas en jurisdicciones no cooperativas.

## 5. La utilización de jurisdicciones no cooperativas en el ámbito del ilícito tributario y su relación con el blanqueo de capitales

Ya desde 1990, el Convenio del Consejo de Europa sobre blanqueo de capitales (denominado Convenio de Estrasburgo) centró su atención en la existencia de una ganancia ilícita para calificar el centro neurálgico del delito y no en la cualidad concreta del delito previo, lo que justifica que el artículo 6 de dicho documento obligue a penalizar una serie de conductas vinculadas al blanqueo por las ventajas económicas procedentes de la comisión de un delito, sea cual fuere su naturaleza<sup>30</sup>.

Sin embargo, y tal y como hemos desarrollado en el cuerpo del presente trabajo, la principal problemática que existe en torno a la calificación del delito fiscal como subyacente al delito de blanqueo estriba en si la cuota tributaria puede ser objeto material idóneo para ser blanqueado, en tanto que un sector importante de la doctrina considera que el delito fiscal, *per se*, no es susceptible de generar bienes.

En otras palabras, viene a decir que la cuota tributaria no tiene origen delictivo sino que es, en todo caso, la consecuencia del hipotético cumplimiento de la obligación tributaria de la que depende, y lo que parece exigirse en la naturaleza del tipo de blanqueo de capitales es que, precisamente, los bienes objeto de blanqueo procedan de la comisión de un delito, es decir, no existieran antes del delito, lo que no sucede en la cuota defraudada, que ya está, previamente, en posesión del obligado tributario de manera totalmente lícita.

Ahora bien, si bien es cierto que no son pocas las discusiones sobre la interpretación que ha de darse al propio concepto de blanqueo de capitales, existe un alto grado de consenso en entender que, en primer lugar, lo que se castiga es, por un lado, la mera adquisición, conversión o transmisión de los bienes conociendo su procedencia delictiva<sup>31</sup> y, en segundo lugar, la realización de cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para eludir las consecuencias legales de dichos actos.

Es del todo evidente que el tipo debe cumplir la característica de que los bienes objeto de blanqueo deben ser susceptibles de incorporación patrimonial, pues lo que se persigue con esta actividad es su integración con apariencia de legitimidad.

Por ello, ha de partirse de la hipótesis de que en el ámbito de la elusión o la evasión fiscal mediante la utilización de jurisdicciones no cooperativas –lo que supone, en definitiva, la ocultación de bases imponibles– el sujeto pasivo evita la integración en su patrimonio determinados bienes y, con ello, su imposición y, además, obtiene la opacidad suficiente como para que dichos bienes sean indetectables para las autoridades fiscales competentes.

En este supuesto, la interpretación sobre si el bien resultante de la comisión del delito fiscal, es decir, la cuota tributaria no ingresada, ya se encontraba previamente, y de manera lícita, en el patrimonio del autor, decae frente a la posición que expresa que no existe obstáculo alguno para

<sup>30</sup> Dolores Sánchez Rodríguez, "Evolución de los delitos subyacente al blanqueo en el ámbito penal y en la normativa preventiva", *Cuadernos de Formación* 5, (2008): 227-239.

<sup>31</sup> Miguel Abel Souto, "Jurisprudencia penal reciente sobre el blanqueo de dinero, volumen del fenómeno y evolución del delito en España", en *IV Congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2014).



llegar a la conclusión de que la cuota defraudada es el bien resultante de la comisión del delito fiscal al mediar ocultación y que, por tanto, es esa integración en el patrimonio del autor lo que determina el delito fiscal (al menos en lo que resulta de la modalidad elusiva o evasiva a través de la utilización de jurisdicciones no cooperativas) como subyacente al delito de blanqueo de capitales.

Y esto es así porque, con independencia de la preexistencia –o no– de la cuota tributaria en su patrimonio, lo cierto es que la utilización de jurisdicciones no cooperativas con el objetivo de ocultar dichos bienes hace imposible comulgar con el debate de la mera ausencia de ingreso de la cuota resultante, y ello porque eso solo pudiera ser defendible en el caso de que, efectivamente, dichos bienes hubieran sido declarados y fuera la cuota resultante la que no hubiera sido ingresada. Además, lo anterior se agrava que el hecho de que la utilización de dichas jurisdicciones no cooperativas busca, en última instancia, eludir las consecuencias legales que la ocultación pudiera haber acarreado, por lo que, sin duda alguna, su incidencia en la consideración del delito fiscal como delito subyacente conexo al delito de blanqueo de capitales es absoluta.

## 6. Bibliografía

- Abel Souto, Miguel. "Jurisprudencia penal reciente sobre el blanqueo de dinero, volumen del fenómeno y evolución del delito en España". En *IV Congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
- Alstadsæter, Annette, Souleymane Faye, Sarah Godar y Gabriel Zucman. *Global Tax Evasion Report 2024*. Paris: EU Tax Observatory, 2023. [https://www.taxobservatory.eu/www-site/uploads/2023/10/global\\_tax\\_evasion\\_report\\_24.pdf](https://www.taxobservatory.eu/www-site/uploads/2023/10/global_tax_evasion_report_24.pdf).
- Blomeyer, Roland y Margarita Sanz. *European initiatives on eliminating tax havens and offshore financial transactions and the impact of these constructions on the Union's own resources and budget*. Brussels: European Parliament, 2013. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/490673/IPOL-JOIN\\_ET\(2013\)490673\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/490673/IPOL-JOIN_ET(2013)490673_EN.pdf).
- Chico de la Cámara, Pablo. "Los límites difusos entre la competencia fiscal lesiva y beneficiosa: una reflexión sobre la necesidad de armonizar la imposición directa". En *Estudios sobre fiscalidad internacional y comunitaria*. Madrid: Colex, 2005.
- España. *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995.
- . *Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo*. Boletín Oficial del Estado, 29 de abril de 2010.
- FATF/OECD. *The FATF Recommendations, the international anti-money laundering and combating the financing of terrorism and proliferation (AML/CFT) standards, and the FATF Methodology to assess the effectiveness of AML/CFT systems*. Paris: FATF, 2019.
- Figuroa Elenes, Jorge Rafael, Pablo Martín Urbano y JI Sanchez Gutierrez. "Globalización y paraísos fiscales". *XIV Jornadas de Economía Crítica: perspectivas económicas alternativas* (2014): 86.
- Flores Martín, Ana Rosa y Fernando González Botija. "La lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo tras la adhesión de España a la UE". *Revista Universitaria Europea*, n.º 26 (2017).
- Fondo Monetario Internacional. *Unidades de inteligencia financiera: Panorama general*. Washington DC.: Fondo Monetario Internacional, Departamento Jurídico, Departamento de Sistemas Monetarios y Financieros: Banco Mundial, Unidad de Integridad de Mercados Financieros, 2004.
- Garzón Espinosa, Alberto. "Paraísos fiscales en la globalización financiera". *Historia Actual Online*, n.º 26 (2011): 143.
- González Barnadas, Oscar. "El delito subyacente al blanqueo de capitales". *Economist & Jurist*. 17 mayo de 2017. <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/el-subyacente-al-blanqueo-de-capitales/>.
- Grupo De Acción Financiera Del Caribe (GAFIC). *Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y su proliferación*. Trinidad y Tobago: OCDE/GAFI, 2021.
- Grupo EGMONT De Unidades De Inteligencia Financiera. *Principios para el intercambio de información entre Unidades de Inteligencia Financiera*. Bruselas: Grupo EGMONT, 2013.

Márquez Lasso, Daniel Eduardo. *Estructuras y operaciones de planificación fiscal agresiva: sistematización y calificación tributaria*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2021.

———. "El nuevo marco conceptual de los paraísos fiscales y las jurisdicciones no cooperativas al amparo de la Ley 11/2021 de medidas para la prevención del fraude fiscal y transposición de la Directiva 2016/1164". En *Comentarios a la ley 11/2021 de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal*. A Coruña: Editorial Colex, 2023.

———. "La problemática de la consideración del delito fiscal como delito subyacente conexo al delito de blanqueo de capitales en el ámbito del Derecho de la Unión Europea". En *Actualidad de Derecho Penal*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2023.

Márquez Lasso, Daniel Eduardo y Amelia González Méndez. "Medidas reforzadas de diligencia debida en relación con los países de alto riesgo en el marco de la lucha antiblanqueo del RDL 11/2018". En *VII Congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

Martínez Selva, José María. *Los paraísos fiscales: uso de las jurisdicciones de baja tributación*. Madrid: Ediciones Jurídicas Dijusa, 2009.

McIntyre, Robert S. Richard Phillips y Phineas Baxandal. *Offshore Shell Games 2015: The Use of Offshore Tax Havens by Fortune 500 Companies*. Washington DC.: Citizens for Tax Justice and U.S. PIRG Education Fund, 2015.

Nieto Montero, Juan José. "Relaciones del blanqueo de dinero con el delito fiscal y la tributación de actividades ilícitas". En *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

OCDE. *Harmful Tax Competition: An emerging global issue*. Paris: OECD Publishing, 1998.

———. *The OECD's Project on Harmful Tax Practices: The 2001 Progress Report*. Paris: OECD Publications, 2001.

———. *2000 Progress Report: Towards Global Tax Co-operation: Progress in Identifying and Eliminating Harmful Tax Practices*. Paris: OECD Publications, 2001.

———. *Tax Co-operation Towards a Level Playing Field*. Paris: OECD Publishing, 2006.

———. "Cooperación eficaz entre organismos en la lucha contra los delitos tributarios y otros delitos financieros". En *2nd Annual Forum on Tax and Crime*. Roma: OECD Publishing, 2012.

———. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. Paris: OECD Publishing, 2013.

Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. *Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, 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 modifica el Reglamento (UE) núm. 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión, 5 de junio de 2015*. DOUE-L-2015-81123. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2015-81123>.

———. *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: Estrategia exterior para una imposición efectiva*. 28 de enero de 2016, COM/2016/024 final.

Phillips, Richard, Steve Wamhoff y Dan Smith. *Offshore Shell Games 2014: The Use of Offshore Tax Havens by Fortune 500 Companies*. Washington DC.: Citizens for Tax Justice and U.S. PIRG Education Fund, 2014.

Phillips, Richard, Matt Gardner, Alexandria Robins y Michelle Surka. *Offshore Shell Games 2017: The Use of Offshore Tax Havens by Fortune 500 Companies*. Washington DC.: Institute on Taxation and Economic Policy and U.S. PIRG Education Fund, 2017.

Ralston Saul, John. *El colapso de la globalización y la reinención del mundo*. Barcelona: RBA Libros, 2012.

Sánchez Rodríguez, Dolores. "Evolución de los delitos subyacente al blanqueo en el ámbito penal y en la normativa preventiva". *Cuadernos de Formación 5*, (2008): 227-239.

Vallejo Chamorro, José María. "La competencia fiscal perniciosa en el seno de la OCDE y la Unión Europea". *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, n.º 825 (2005): 148.

Zoromé, Ahmed. "Concept of Offshore Financial Centers: In Search of an Operational Definition". En *IMF Working Paper WP/07/87, International Monetary Fund*. Washington DC: IMF Working Paper, 2007.

# LAVADO DE ACTIVOS

**el delito de omisión de control en las  
legislaciones de Colombia y Ecuador.  
Especial referencia al sector  
financiero**

*Hernando A. Hernández Quintero<sup>1</sup>*

## Introducción

Ante el auge de la criminalidad organizada en el mundo y el avance de las operaciones para dar apariencia de legalidad a los bienes generados en dicha actividad al margen de la ley, las instituciones intergubernamentales que agrupan a los diversos países del mundo han diseñado mecanismos que buscan detectar a los responsables de estos comportamientos y, especialmente, evitar que sus operaciones sean exitosas y puedan disfrutar del producto de sus aviesos comportamientos.

En este propósito, se advierte que el lugar más buscado por los recicladores de capitales es el sector financiero, pues como lo afirma el adagio chino: "el mejor lugar para esconder el árbol es el bosque", de donde se colige que el sitio adecuado para ocultar el dinero mal habido es el sector financiero. Blanco Cordero lo expresa acertadamente: "los bancos constituyen la puerta más accesible para introducir el dinero de origen delictivo en la economía legítima"<sup>2</sup>.

Lo anterior ha llevado a que inicialmente se busque evitar el ingreso de dineros ilegítimos en el sector financiero con sanciones del derecho administrativo sancionador aplicables a los funcionarios de dicho segmento de la economía y luego, ante el fracaso de las mismas, o el afán de reforzarlas, se acuda al derecho penal, mediante la creación de figuras delictivas que castiguen por esta vía a quienes han incumplido sus responsabilidades administrativas. Es pertinente anotar que, poco a poco, estos dos modelos se han extendido a otras actividades, entre ellas, las del sector real y las de notarios, abogados, transportadores de valores, compradores y vendedores de oro y cambistas.

<sup>1</sup> Abogado de la Universidad Incca de Colombia. Magister en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia y doctor en Derecho por la misma Universidad. Especialista en Legislación Financiera de la Universidad de los Andes. Profesor catedrático de la Universidad de Ibagué y de posgrado en las universidades Externado de Colombia, Libre de Colombia (Bogotá y Cali), Simón Bolívar de Barranquilla y Pontificia Bolivariana de Medellín. Vinculado al Grupo de Investigación Zoon Politikon de la Universidad de Ibagué. Investigador Emérito por Colciencias. ORCID: [0000-0001-7366-3719](https://orcid.org/0000-0001-7366-3719). Correo electrónico: hahernandezq@hotmail.com.

<sup>2</sup> Isidoro Blanco Cordero, *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales* (Granada: Comares, 1999), 2.

## La tipificación de la omisión de control como delito

La razón fundamental para incluir este comportamiento como delictual tiene que ver con la necesidad de reforzar, con la amenaza de una pena, la exigencia administrativa a los funcionarios de las entidades financieras y cooperativas de evitar que el sistema sea utilizado para dar apariencia de legalidad a dineros provenientes de actividades ilícitas. Es indiscutible que las personas vinculadas a estas entidades tienen una posición de garantes frente a los bienes que se consignan o transfieren en las entidades a las que prestan sus servicios, de modo que la responsabilidad de reportar operaciones sospechosas se erige en deberes especiales que están obligados a atender en forma proactiva<sup>3</sup>.

El Reglamento Modelo de la Comisión Interamericana para el Control de Abuso de Drogas (CICAD) de la OEA, en su artículo 20, numeral 3, precisa lo siguiente:

Comete delito penal la institución financiera, sus empleados, funcionarios, directivos, propietarios u otros representantes autorizados que, actuando como tales, deliberadamente no cumplan con las obligaciones establecidas en los artículos 8 y 16 a 19 (comunicación de transacciones financieras sospechosas) del presente Reglamento, o que falseen o adulteren los registros o informes aludidos en los mencionados artículos.<sup>4</sup>

Como se señaló en líneas anteriores, los diferentes Gobiernos, a través de la normatividad de derecho administrativo sancionador, han procurado evitar que los funcionarios del sector financiero colaboren con el lavado de activos, amenazando con sanciones, generalmente pecuniarias, cuando omitan su deber de reportar las operaciones sospechosas o de dar información a las autoridades sobre transacciones que superen un monto determinado: en el caso de Colombia, a la Unidad de Investigación y Análisis Financiero (USAF); en Ecuador, a la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFE).

No obstante, como quiera que estas barreras administrativas resultan en muchas ocasiones insuficientes para controlar esta actividad delictual y se advierte un movimiento monumental de dineros ilegales a través de las redes bancarias, los Estados han optado por tipificar como delito la omisión del deber de cumplir con las disposiciones que desde el campo administrativo se dictan para evitar el blanqueo de capitales.

Por ello, como lo advierte García Cavero:

Lo que sí resulta común es el uso cada vez mayor de tipos penales que recurren a la tipificación de delitos de omisión propia, en la medida que se exige de quienes participan en el proceso económico un mayor compromiso con su control.<sup>5</sup>

De esta forma, algunos países como Colombia<sup>6</sup>, Suiza<sup>7</sup>, Perú<sup>8</sup>, Eslovenia<sup>9</sup>, Argentina<sup>10</sup>, Ecuador<sup>11</sup> y República Dominicana<sup>12</sup>, han tomado el camino de consagrar un tipo penal de omisión propia,

es decir que, a través de un tipo penal especial se sanciona a quien incumpla sus obligaciones administrativas para detectar y evitar el lavado de activos, y más recientemente, la financiación del terrorismo. Se trata, como lo advierte Prado Saldarriaga, de "deberes especiales que demandan una actitud proactiva de todos los que pueden, en primera línea neutralizar los intentos del crimen organizado por legitimar sus ingresos ilegales mezclándolos con actividades económicas y financieras lícitas"<sup>13</sup>.

Compartimos el criterio expuesto por Prado Saldarriaga y Blanco Cordero, en el sentido de que las obligaciones impuestas a los funcionarios del sector financiero y cooperativo en materia de lavado de activos —contenidas, en el caso colombiano, especialmente en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y en el ecuatoriano, en el Código Orgánico Monetario y Financiero— los erigen en verdaderos garantes del bien jurídico orden económico (Código Penal colombiano, título X; Código Orgánico Integral Penal del Ecuador, sección octava, capítulo V).

Esta postura no es pacífica en la doctrina, como se advierte en las palabras de Bernardo Feijoo Sánchez, cuando sostiene que si bien existe un sector que afirma que la infracción de ciertos deberes administrativos puede ser jurídico-penalmente relevante, otro grupo se ubica en el extremo opuesto para afirmar que estos deberes legales de colaboración para la prevención contra el fraude y el blanqueo nunca pueden fundamentar una posición de garante, alegando específicamente que con ellos solo se puede generar responsabilidad administrativa<sup>14</sup>.

Concluye el autor citado:

En todo caso, en lo que existe consenso entre los autores que han afrontado esta cuestión, es en que no cualquier infracción administrativa relativa a la prevención del fraude fiscal o del blanqueo puede dar lugar automáticamente a la responsabilidad penal del profesional obligado.<sup>15</sup>

Por otra parte, algunos autores critican fehacientemente la criminalización de comportamientos omisivos en la prevención del lavado de activos. Al respecto y refiriéndose en concreto al artículo 305 *Ter.* del Código Penal suizo, Fabián Caparrós sostiene:

Sin duda, contrario es al principio de intervención mínima, desde el momento en que atribuye una pena a una conducta que jamás debería de haber salido del ámbito administrativo; contrario es al principio de lesividad, dado que la literalidad del precepto no exige otra afección que un peligro solo abstracto —hipotético, presunto *iuris et de iure*— respecto de la comisión de actos de blanqueo; contrario es, en última instancia, al principio de culpabilidad, dado que, con el fin de facilitar al máximo la prueba, el legislador helvético ha optado en este caso por no preocuparse de saber si el profesional actuó en connivencia con quien llega a su ventanilla o a su despacho con unos fondos ilícitos, si lo sospechó, si podría haber sospechado o si, por el contrario, jamás hubiera podido imaginar la procedencia de ese dinero.<sup>16</sup>

Este criterio es compartido por el profesor peruano Percy García Cavero, quien expresa su inconformidad con la sanción penal en su país de la omisión de comunicar a las autoridades las operaciones sospechosas. Al respecto, precisa el reconocido autor:

La conducta típica está constituida por una omisión contraria a deber sin requerir un nexo de contrariedad del deber con un resultado lesivo. En este sentido, el sujeto obligado a informar una operación o transacción sospechosa con base en la normativa administrativa o los manuales de prevención, se le podría hacer penalmente responsable por no cumplir con esta obligación de comunicar. Sin embargo, si esta situación objetiva bastase para la configuración del tipo penal, nos encontraríamos ante un delito de mera desobediencia, en el que el objeto de sanción penal sería el simple incumplimiento de un deber administrativamente impuesto. Por nuestra parte, consideramos necesario dotar a este delito de un contenido propiamente penal, de manera que habría que exigir un nivel de mayor lesividad por

3 Víctor Roberto Prado Saldarriaga, *Lavado de activos y financiación del terrorismo* (Lima: Editora Jurídica Grijley, 2007), 172.

4 Organización de Estados Americanos, *Reglamento Modelo de la Comisión Interamericana para el Control de Abuso de Drogas (CICAD)* (Washington D.C.: Secretaría General Organización de los Estados Americanos, 1988), art. 20 numeral 3.

5 Percy García Cavero, "La dogmática jurídico-penal en el Derecho Penal Económico", en *El derecho penal económico: cuestiones fundamentales y temas actuales* (Lima: Ara, 2011), 86.

6 Colombia, *Ley 599 de 2000 por la cual se expide el Código Penal*, Diario Oficial, 24 de julio de 2000, art. 325.

7 Suiza, *Código Penal*, Diario Oficial, 1 de enero de 1942, art. 305, *Ter.* 1.

8 Perú, *Decreto Legislativo 1106*, Boletín Oficial, 19 de abril de 2012, art. 5.

9 Eslovenia, *Ley sobre Prevención del Blanqueo de Dinero*, Diario Oficial, 15 de junio de 2017, art. 27.

10 Argentina, *Ley 25.246 de 2000*, Boletín Oficial, 10 de mayo de 2000, art. 24.

11 Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 319.

12 República Dominicana, *Ley 155-17*, Boletín Oficial, 31 de julio de 2017, art. 4, num. 1.

13 Víctor Roberto Prado Saldarriaga, *Lavado de activos y financiación del terrorismo*, 172.

14 Bernardo Feijoo Sánchez, *Cuestiones actuales de derecho penal económico* (Montevideo: B de F, 2009), 278 y ss.

15 Bernardo Feijoo Sánchez, *Cuestiones actuales de derecho penal económico*, 279.

16 Eduardo Fabián Caparrós, *El delito de blanqueo de capitales* (Madrid: Colex, 1998), 282-283.

encima del simple incumplimiento administrativo. En este sentido hay que exigir para la configuración del tipo penal que las operaciones o transacciones sospechosas no comunicadas constituyan realmente conductas de lavado de activos, de manera que se vincule la omisión del obligado a comunicar con el bien jurídico penalmente protegido.<sup>17</sup>

La tipificación de estos comportamientos omisivos encuentra también fervientes defensores, basados especialmente en la política de lucha contra el blanqueo de capitales. Así, el autor peruano Tomás Aladino Gálvez Villegas, expresa:

La conveniencia de la tipificación de estas conductas omisivas, resulta coherente con una política general de lucha contra el lavado de activos emprendida por el Estado, en consonancia con los instrumentos internacionales; y por tanto, constituye un acierto de la Ley, pues con una medida de carácter penal como ésta se conmina especialmente a los sujetos obligados, quienes normalmente, acostumbran guardar silencio respecto de las operaciones o transacciones sospechosas o inusuales con la finalidad de no verse involucrados en las investigaciones de los mismos, con lo cual facilitan de cierto modo las acciones de los lavadores.<sup>18</sup>

Por nuestra parte, desde la aparición en Colombia en la Ley 365 de 1997 del tipo penal que sanciona la omisión de control (Código Penal de 1980, art. 247B), hemos expresado nuestra crítica a la forma como se redactó esta forma de penalización de conductas puramente administrativas, advirtiendo, además, que puede favorecer a los banqueros que acudan al punible de lavado de activos como autores o partícipes, por lo que hemos propuesto que se elimine del Estatuto de Penas y se sancione como coautores o cómplices de lavado de activos cuando el propósito de quien omite sus responsabilidades sea ocultar el origen de los bienes maculados. Si ese no es el fin, bastaría con la sanción administrativa<sup>19</sup>.

Otros ordenamientos jurídicos consideran que la sanción por este incumplimiento debe efectuarse por vía de la modalidad culposa del delito, generalmente por imprudencia grave al no advertir la procedencia de los recursos, tal como acontece con el numeral 5 del artículo 261 del Código Penal alemán de 1994; el numeral 3 del artículo 301 del Código Penal español de 1995; el artículo 73 de la Ley 7786 de Costa Rica; el artículo 5 de la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada en Venezuela, expedida el 27 de septiembre de 2005, y el artículo 3 de la Ley 25.246 de 2000 en Argentina, que sustituyó el artículo 278 del Código Penal.

Por último, es importante mencionar que otros países se abstienen de sancionar penalmente estas omisiones y se limitan a castigar administrativamente aquellas relacionadas con el reporte de operaciones de alguna magnitud o que resulten inusuales y sospechosas como ocurre en la legislación brasileña con la Ley 9.613/98 (art. 12).

Colombia ha superado la idea de que la única conducta que genera repercusiones penales guarde relación con la omisión de reportes de operaciones de algún volumen o las que revisten sospecha, para utilizar la fórmula amplia del "incumplimiento de alguno o todos los controles establecidos por el ordenamiento jurídico para las transacciones en efectivo". Esta postura surgió como respuesta por la crítica que desde la doctrina se formuló a la redacción utilizada en la Ley 365 de 1997, en la cual se remitía escuetamente al incumpliendo de las obligaciones relacionadas en los artículos 103 y 104 del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero)<sup>20</sup>.

A continuación, efectuamos un somero análisis del tipo penal de omisión de control consagrado

en el artículo 325 del Código Penal colombiano<sup>21</sup>, y del 319 del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador<sup>22</sup>.

## El delito de omisión de control en la legislación penal colombiana

Con la Ley 365 del 21 de febrero de 1997, "[p]or la cual se establecen Normas tendientes a combatir la Delincuencia Organizada y se dictan otras Disposiciones", se creó en el Código Penal de 1980, en el título VII, "Delitos contra el orden económico social", el capítulo tercero, para sancionar el lavado de activos, en el cual se incluyó el artículo 247B, "Omisión de control". En verdad, cuando se revisan los antecedentes de esta norma, no se encuentra ningún debate que permita esclarecer la postura de los legisladores frente a ella, por lo cual ha de concluirse que se aceptó sencillamente la propuesta del Ejecutivo sobre el tema.

En efecto, cuando el ministro de Justicia presentó el correspondiente Proyecto de Ley, apenas mencionó en su propuesta lo siguiente:

A través de la creación de un artículo que lleva el número 247B, se eleva a la categoría de delito la conducta de los empleados de las instituciones financieras que no cumplan con los sistemas de control establecidos para las transacciones en efectivo por los artículos 103 y 104<sup>23</sup> del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993).<sup>24</sup>

Posteriormente, se dictó el Código Penal que se encuentra vigente (Ley 599 de 2000), donde el tipo penal en estudio se incluyó en el artículo 325 (capítulo V, título X), corrigiendo algunas imprecisiones que existían en la disposición y, especialmente, ampliando que la omisión de control puede ser sobre cualquier disposición dictada para prevenir y detectar el ilícito de lavado de activos y no solo sobre algunos reportes.

Ante la estrepitosa caída de la "pirámide" DRFE (dinero fácil, rápido y efectivo) y la intervención de la firma DMG, emporio que construyó David Murcia Guzmán, entidades que lograron captar, sin contar con la debida autorización de la Superintendencia Financiera, más de 2.7 billones de pesos<sup>25</sup>, comprometiendo así la economía de los departamentos del sur del país, el Gobierno Nacional, en forma tardía, intentó conjurar la crisis acudiendo, como lo había hecho en 1982, a la figura de la emergencia económica, consagrada en el artículo 215 de la Constitución Política.

De esta forma, se dictó el Decreto 4333 de 17 de noviembre de 2008, mediante el cual se declaraba el estado de emergencia social en todo el territorio nacional, por el término de treinta días. En desarrollo de esta norma de excepción, se dictaron algunas disposiciones para aumentar la sanción penal a los banqueros de hecho y de paso, por estimarlo conexas con las causas de la crisis; se modificó el tipo penal de omisión de control (art. 325), y se adicionó el artículo 325A a la Ley 599 de 2000 (Código Penal en vigencia), creando un tipo penal denominado "omisión de reportes sobre transacciones en efectivo", para sancionar a los particulares que, estando obligados a reportar sus transacciones en efectivo a la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF),

<sup>21</sup> Colombia, *Ley 599 de 2000 por la cual se expide el Código Penal*, art. 325.

<sup>22</sup> Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 319.

<sup>23</sup> Estos artículos imponían al funcionario del sector financiero la obligación de consignar en un formulario expreso, que debía conservar la entidad, las operaciones que realizara la institución y cuya cuantía superara el valor establecido por la Superintendencia Bancaria. Asimismo, se compelia a las instituciones financieras a reportar ante la entidad de Vigilancia y Control, el número y la ubicación geográfica de las transacciones que superaran el tope establecido por la Superintendencia Bancaria.

<sup>24</sup> Colombia, *Proyecto de Ley para acabar con el Narcotráfico y el Crimen Organizado* (Colombia: Presidencia de la República, Ministerio de Justicia y del Derecho, 1996), 37.

<sup>25</sup> El Tiempo, "David Murcia Guzmán", *El Tiempo*, 15 de diciembre de 2009, 1-15.

<sup>17</sup> Percy García Caverro, *Derecho penal económico. Parte especial*, 2.ª ed. (Lima: Grijley, 2007), 520.

<sup>18</sup> Tomás Gálvez Villegas, *El delito de lavado de activos* (Lima: Editora Jurídica Grijley, 2004), 92-93.

<sup>19</sup> Hernando A. Hernández Quintero, *La responsabilidad penal de los funcionarios del sector financiero por el lavado de activos: especial referencia al delito de omisión de control* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014), 67-97.

<sup>20</sup> Hernando A. Hernández Quintero, *El lavado de activos*, 2.ª ed. (Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1997), 108.

omitan este deber (Decreto 4449 de 2008).

Ante la declaratoria de inexecutable de las modificaciones introducidas por el Decreto 4449 de 2008 a la norma de omisión de control y la consideración de la Corte Constitucional sobre la temporalidad de las normas de captación modificadas y creadas por la emergencia social (Sentencia C-225 de 2009), el Gobierno revivió un Proyecto de Ley que había presentado al Congreso sobre el tema y que, sin explicación alguna, había dejado archivar.

Si bien en el Proyecto de Ley presentado por el Gobierno al Congreso no se consideraba ninguna modificación al artículo 325 del Código Penal (omisión de control), el parlamento decidió aclarar esta norma, en cuanto al sujeto activo. Así, mientras en el artículo 325 original se concretaba la responsabilidad por la omisión de control en el empleado o director de una institución financiera, la Ley 1357 de noviembre 12 de 2009 habla de "[e]l miembro de junta directiva, representante legal, administrador o empleado de una institución financiera o de cooperativas". De esta forma, se unifica la redacción con los delitos financieros regulados en el capítulo segundo del título X, del Código Penal en vigencia.

Por otra parte, se aumenta la pena mínima por este ilícito de 32 a 38 meses y la máxima de 108 a 128 meses. La multa pasa de cien (100) a ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) y de diez mil (10.000) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales vigentes.

La norma vigente en Colombia es entonces del siguiente tenor:

**Artículo 325. Omisión de control.** El miembro de junta directiva, representante legal, administrador o empleado de una institución financiera, o de cooperativas que ejerzan actividades de ahorro y crédito que, con el fin de ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero, omita el cumplimiento de alguno o todos los mecanismos de control establecidos por el ordenamiento jurídico para las transacciones en efectivo incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de treinta y ocho (38) a ciento veintiocho (128) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta (133.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.<sup>26</sup>

De acuerdo con la descripción típica, nos encontramos frente a un tipo penal de sujeto activo calificado, esto es, que puede ser actualizado únicamente por los miembros de la junta directiva, el representante legal, el administrador o el empleado de una institución financiera o cooperativa, ingredientes normativos que obligan a acudir al Código del Comercio, al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993) y a los estatutos de las entidades financieras correspondientes, con el fin de clarificar la calidad de cada uno de estos ciudadanos.

Se trata de un tipo penal de omisión propia toda vez que la norma precisa qué es lo que debe omitirse (el cumplimiento de alguno o todos los mecanismos de control para las operaciones en efectivo). También es un tipo de mera conducta, en blanco y de peligro abstracto. Lo anterior sugiere que, para aplicar correctamente la disposición, es necesario acudir al ordenamiento administrativo y que la conducta se agota con la sola omisión de los deberes impuestos, sin que se requiera que, en efecto, se produzca el resultado, en este caso el lavado de activos.

La gran crítica que hemos planteado a la redacción de esta norma obedece a que se haya incluido la expresión "con el fin de encubrir u ocultar el origen ilícito del dinero", ingrediente subjetivo que puede beneficiar a un empleado bancario que, con el propósito comentado participe como coautor o cómplice de un delito de lavado de activos y alegue en su favor que su comportamiento se adecua a la omisión de control, con lo cual recibirá una pena ostensiblemente menor a la del tipo básico del lavado de activos (art. 323). Como hemos expresado de manera reiterada, si el fin del sujeto es encubrir el origen ilícito del dinero, su comportamiento no puede ser llamado en forma diferente a un lavado de activos.

Asimismo, es inaceptable que la omisión sancionable sea exclusivamente para operaciones

en efectivo, con lo que se dejan fuera del análisis otros tipos de operaciones que, seguramente, resultan más efectivas para concretar esta delincuencia.

## El delito de omisión de control en la legislación del Ecuador

En el Código Orgánico Integral Penal (COIP), publicado en el Registro Oficial, suplemento 180 de 10 de febrero de 2014 y con vigente a partir del 10 de agosto de dicho año, se incorporó en la legislación del Ecuador el delito de omisión de control, en los siguientes términos:

**Art. 319. Omisión de control de lavado de activos.** La persona que, siendo trabajadora de un sujeto obligado a reportar a la entidad competente y estando encargada de funciones de prevención, detección y control de lavado de activos, omita el cumplimiento de sus obligaciones de control previstas por la Ley, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año.<sup>27</sup>

Conforme a la descripción comentada, nos encontramos frente a un tipo penal de sujeto activo calificado, toda vez que se exige que quien actualiza el tipo penal sea una persona que trabaje en una entidad sujeta a efectuar reportes a la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFFE) y que, además, esté encargada de funciones de prevención, detección y control de lavado de activos.

Para clarificar la obligación de las instituciones financieras de reportar operaciones inusuales, injustificadas y sospechosas<sup>28</sup>, al igual que aquellas que superen los diez mil dólares estadounidenses, debemos acudir a los mandatos del artículo 4 de la Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos que, en forma precisa, establece esta responsabilidad para dichas instituciones financieras, de manera independiente de las obligaciones que en este sentido establezca el Código Orgánico Monetario y Financiero y otras normas de carácter específico que existan. A tal efecto, puede acudirse a la Codificación de las Resoluciones de la Superintendencia de Bancos, título VII, subtítulo IV, capítulo II, sección I<sup>29</sup>.

Para identificar las entidades que conforman el Sistema Financiero en el Ecuador, bastaría con revisar el artículo 6.º del Código Monetario y Financiero, que ubica en este segmento a las entidades públicas, privadas, populares y solidarias que ejercen actividades monetarias y financieras.

Resulta de vital importancia señalar que, conforme a lo ordenado por el artículo 244 del Código Orgánico Monetario y Financiero, las entidades del Sistema Financiero Nacional tienen la obligación de establecer sistemas de control interno para la prevención de delitos, incluidos el lavado de activos y el financiamiento de delitos contra el terrorismo, en todas las operaciones financieras.

Ahora bien, como la norma en comento exige que el sujeto activo esté encargado de funciones de prevención, detección y control de lavado de activos, es prudente señalar que esta es una responsabilidad de todas las personas que tengan relación con las operaciones de la entidad. No obstante, para acatar el principio de certeza, es necesario revisar el Manual de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento de delitos de dichas instituciones<sup>30</sup>, con el fin de establecer

<sup>27</sup> Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 319.

<sup>28</sup> Según el artículo 3 de la Ley Orgánica de Prevención, detección y erradicación del delito de lavado de activos y del financiamiento de delitos: "Se entenderá por operaciones o transacciones inusuales, injustificadas o sospechosas, los movimientos económicos, realizados por personas naturales o jurídicas, que no guarden correspondencia con el perfil económico y financiero que éstas han mantenido en la entidad reportante y que no pueden sustentarse". Ecuador, *Ley Orgánica de Prevención, detección y erradicación del delito de lavado de activos y del financiamiento de delitos*, Registro Oficial 802, Suplemento, 21 de julio de 2016, art. 3.

<sup>29</sup> Ricardo Vaca Andrade, *El delito de lavado de activos* (Guayaquil: Editorial Edino, 2004), 27.

<sup>30</sup> El manual debe elaborarse conforme lo ordena el artículo 6.º del Reglamento Ley de Lavado de Activos y del Financiamiento

<sup>26</sup> Colombia, *Ley 599 de 2000 por la cual se expide el Código Penal*, art. 325.

a quienes se encargó específicamente de esa tarea. En principio, pensamos que debe estar en cabeza de los miembros de la junta directiva, quienes tienen a su cargo la aprobación de dicho manual, y de los gerentes, directores y representantes legales que deben hacer cumplir estos reglamentos; pero, fundamentalmente, del oficial de cumplimiento, que es la persona encargada de elaborar el documento, coordinar todo el programa, efectuar las capacitaciones y reportar las operaciones que la ley quiere controlar, como lo advierte el artículo 15 del Reglamento de la Ley de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos<sup>31</sup>.

En cuanto a la conducta del tipo penal en estudio, consideramos que se trata de una omisión propia, pues la norma señala en forma concreta qué es lo que se debe omitir; en este caso, el cumplimiento de sus obligaciones de control previstas por la Ley. Como lo afirma Zambrano, en esta clase de punibles "basta el no hacer en circunstancias especiales como empleado o cargo que se tiene, para que ese omitir sea penado"<sup>32</sup>. Consideramos que el término ley abarca no solo a la formal expedida por la Asamblea Nacional, sino los decretos dictados por el Gobierno y las resoluciones emanadas de entidades de vigilancia y control, como las superintendencias, y también las resoluciones de la UAFE.

Asimismo, estamos frente a un tipo penal de peligro, pues no es necesario que se obtenga un resultado, que debería ser en este caso un lavado de activos. El legislador, por estimar de gran riesgo para el orden económico el incumplimiento de los deberes del funcionario y considerando también su falta de colaboración con el Estado en una tarea que se le delegó, decide anticipar la punibilidad.

Al igual que sucede en otras legislaciones como la colombiana, en el Ecuador es posible, sin violar el principio de *non bis in idem*, sancionar al responsable de la omisión de control tanto por vía administrativa (Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, títulos III y IV), como por la comisión de un delito (art. 319).

Por último, estimamos que la redacción utilizada en el Código Penal ecuatoriano resulta más afortunada que la del colombiano, pues no plantea ninguna exigencia diferente a la omisión de un deber administrativo que, desde luego, procura la prevención y detección del lavado de activos, mientras que el artículo 325 del Código Penal colombiano termina favoreciendo al funcionario del sector financiero que participa en un lavado de activos y resulta juzgado por la omisión de control, con una pena en extremo benigna.

## Referencias

- Argentina. *Ley 25.246 de 2000*. Boletín Oficial, 10 de mayo de 2000.
- Blanco Cordero, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. Pamplona: Aranzadi, 1997.
- . *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales*. Granada: Comares, 1999.
- Colombia. *Ley 599 de 2000 por la cual se expide el Código Penal*. Diario Oficial, 24 de julio de 2000.
- . *Proyecto de Ley para acabar con el Narcotráfico y el Crimen Organizado*. Colombia: Presidencia de la República, Ministerio de Justicia y del Derecho, 1996.
- Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.
- . *Ley Orgánica de Prevención, detección y erradicación del delito de lavado de activos y del financiamiento de delitos*. Registro Oficial 802, Suplemento, 21 de julio de 2016.
- . *Reglamento General a la Ley Orgánica De Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos*. Registro Oficial 966, Segundo Suplemento, 20 de marzo de 2017.
- El Tiempo. "David Murcia Guzmán". *El Tiempo*. 15 de diciembre de 2009.
- Eslovenia. *Ley sobre Prevención del Blanqueo de Dinero*. Diario Oficial, 15 de junio de 2017.
- Fabián Caparrós, Eduardo A. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Colex, 1998.
- Feijoo Sánchez, Bernardo. *Cuestiones actuales de derecho penal económico*. Montevideo: B de F, 2009.
- Gálvez Villegas, Tomás Aladino. *El delito de lavado de activos*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2004.
- García Caverro, Percy. *Derecho penal económico. Parte especial*. 2.ª ed. Lima: Grijley, 2007.
- . "La dogmática jurídico-penal en el Derecho Penal Económico". En *El derecho penal económico. Cuestiones fundamentales y temas actuales*. Lima: Ara, 2011.
- Hernández Quintero, Hernando A. *El lavado de activos*. 2.ª ed. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1997.
- . *La responsabilidad penal de los funcionarios del sector financiero por el lavado de activos: Especial referencia al delito de omisión de control*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.
- . *El lavado de activos*. Quinta edición. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2021.
- Organización de Estados Americanos. *Reglamento Modelo de la Comisión Interamericana para el Control de Abuso de Drogas (CICAD)*. Washington D.C.: Secretaría General Organización de los Estados Americanos, 1988. [https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3\\_blv\\_reglamento.pdf](https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_blv_reglamento.pdf).
- Perú. *Decreto Legislativo 1106*. Boletín Oficial, 19 de abril de 2012.
- Prado Saldarriaga, Víctor Roberto. *Lavado de activos y financiación del terrorismo*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2007.
- República Dominicana. *Ley 155-17*. Boletín Oficial, 31 de julio de 2017.
- Suiza. *Código Penal*. Diario Oficial, 1 de enero de 1942.
- Vaca Andrade, Ricardo. *El delito de lavado de Activos en Ecuador*. Guayaquil: Editorial Edino, 2004.
- Zambrano, Alfonso. *Lavado de activos*. 2.ª ed. Guayaquil: Universidad Católica de Guayaquil, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010.

de Delitos.

<sup>31</sup> Ecuador, Reglamento General a la Ley Orgánica De Prevención, Detección y Erradicación del Delito de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, Registro Oficial 966, Segundo Suplemento, 20 de marzo de 2017.

<sup>32</sup> Alfonso Zambrano, *Lavado de activos*, 2.ª ed. (Guayaquil: Universidad Católica de Guayaquil, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010), 80.

**Índice:** 1. Introducción. - 2. El "descubrimiento" de las actividades de blanqueo de capitales como fenómeno delictivo de la economía moderna y la génesis de la legislación italiana sobre blanqueo de capitales. - 3. El marco de mayor relevancia "europea" de las actividades de blanqueo de capitales descrito por la Directiva (UE) 2018/1673 y las reformas introducidas por el Decreto Legislativo n° 195/2021. - 4. La regulación actual del delito de "Blanqueo de capitales" ("Riciclaggio"). - 5. La regulación actual del delito de "Receptación" ("Ricettazione"). - 6. Disciplina actual del delito de "Utilización de dinero, bienes o beneficios de origen ilícito". - 7. Disciplina actual del delito de "Auto-blanqueo" ("Autoriciclaggio"). - 8. Conclusiones y perspectivas de refundación de la normativa actual.

## 1. Introducción

La actual legislación italiana sobre "blanqueo de capitales" representa el punto de llegada (quizá sólo temporal y provisional) de un complejo proceso de cambios e innovaciones, que ha caracterizado una evolución normativa que se ha desarrollado a lo largo de casi medio siglo. Sin duda, fue un proceso fuertemente auspiciado y compartido por el legislador italiano, pero que, en sus aspectos más importantes, fue progresivamente impuesto y condicionado sobre todo por las obligaciones supranacionales derivadas de las indicaciones normativas de la Unión Europea.

También en relación con la normativa actualmente en vigor, las novedades más relevantes fueron consecuencia de la emisión de la Directiva (UE) 2018/1673, con la que la Unión Europea desarrolló un marco muy amplio y articulado de prescripciones dirigidas a obligar a los distintos Estados miembros a adoptar medidas encaminadas a implementar lo que se ha definido expresamente como "lucha contra el blanqueo de capitales a través del derecho penal"<sup>2</sup>.

En Italia, el proceso de transposición de esta directiva sólo se completó tardíamente con el Decreto Legislativo n° 195, de 8 de noviembre de 2021<sup>3</sup>. Para comprender con mayor precisión el impacto de esta última reforma y, sobre todo, para ofrecer una imagen actualizada de la situación legal y jurisprudencial actual del ordenamiento jurídico italiano en materia de blanqueo de capitales, antes de examinar los delitos individuales, resulta ciertamente útil seguir esta evolución progresiva de la legislación italiana.

# Génesis y desarrollo sistemático de la disciplina italiana sobre "BLANQUEO DE CAPITALS"

<sup>1</sup> Catedrático de Derecho Penal, Università degli Studi di Trento, Italia.

<sup>2</sup> Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva (UE) 2018/1673 relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal*, 23 de octubre de 2018, <https://www.boe.es/doue/2018/284/L00022-00030.pdf>.

<sup>3</sup> Para un examen general de esta reforma, permitanme remitirme a lo que indiqué en Alessandro Melchionda, "Il nuovo piano normativo per la lotta al riciclaggio mediante il diritto penale", *Archivio Penale*, n.° 2 (2022): 1 y ss.



## 2. El “descubrimiento” de las actividades de blanqueo de capitales como fenómeno delictivo de la economía moderna y la génesis de la legislación italiana sobre blanqueo de capitales

La conciencia de la importancia del blanqueo de capitales como fenómeno delictivo en la economía moderna se ha hecho más clara sólo en épocas relativamente recientes. De hecho, hasta mediados de los años 70, se desconocía la importancia cada vez mayor que asumía la expansión de la reutilización del capital ilícito en los circuitos económicos y financieros normales<sup>4</sup>.

En el contexto de la experiencia italiana, el descubrimiento de este fenómeno se vio sin duda favorecido por la especial atención con la que se investigaron los mecanismos operativos de la delincuencia organizada en ese período histórico. Y precisamente debido a la considerable variabilidad de las situaciones que dieron lugar a la aparición de este nuevo fenómeno delictivo, el proceso de identificación de un tipo penal capaz de describir exhaustivamente todas las conductas de blanqueo de capitales fue muy difícil.

Hasta 1978 la legislación italiana no preveía disposiciones específicas sobre blanqueo de capitales y las conductas hoy imputables a la figura delictiva actual eran punibles sólo en la medida en que integraban los delitos de “receptación” o como casos particulares de “complicidad”, sancionados en Italia con el delito autónomo de *favoreggiamento reale*, con el que se castiga la conducta de “ayudar otros a obtener ganancias ilícitas”.

Una primera disposición formulada expresamente con la intención de introducir un delito específico de blanqueo de capitales sólo fue prevista por el “Decreto Legge” n° 59, de 21 de marzo de 1978, que incluyó en el artículo 648bis del Código Penal un nuevo delito denominado “Sustitución de dinero o valores procedentes del robo agravado, la extorsión agravada o el secuestro con fines de extorsión”: se preveía así la sanción de cualquier persona que, fuera de los supuestos de participación en el delito, cometiera actos de sustitución o actos destinados a sustituir el dinero o los valores derivados de dichos delitos específicos por otro dinero u otros valores, actuando con el fin de procurar un lucro para sí mismo o para otros o para ayudar a los autores de dichos delitos específicos a obtener el producto del delito<sup>5</sup>. Posteriormente, el artículo 648bis del Código Penal fue modificado por la Ley n. 55 de 19 de marzo de 1990, que, con el fin de armonizar la legislación italiana con las disposiciones de la Convención de Viena de 1988, adoptó por primera vez el nombre de *riciclaggio* e introdujo importantes innovaciones<sup>6</sup>.

La reforma de 1990 también afectó a la conducta de uso posterior de bienes blanqueados, hipótesis que fue apartada del marco aplicativo de la norma prevista por el art. 648bis c.p. y que fue considerada de manera autónoma y separada por una disposición adicional, el artículo 648ter del Código Penal, con el cual se incluyó en el código el nuevo delito de “Utilización de dinero, bienes o beneficios de origen ilícito”. Sin embargo, esta configuración de la nueva legislación puso inmediatamente de manifiesto la compleja problemática de su valoración específica, debido a la considerable dificultad de probar el conocimiento efectivo de la procedencia ilícita de los bienes de un delito previo específico.

<sup>4</sup> En general, para un resumen de las premisas históricas del debate italiano sobre el tema del blanqueo de capitales, véanse: Mario Zanchetti, *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato* (Milano: Giuffrè, 1997), 1 y ss.; Mario Zanchetti, *Riciclaggio*, en *Digesto discipline penalistiche XII* (Torino: UTET, 1997): 203 y ss.; Alain Maria Dell'Osso, *Riciclaggio di proventi illeciti e sistema penale* (Torino: G. Giappichelli Editore, 2017), 5 y ss.

<sup>5</sup> En particular, véanse: Andrea Antonio Dalia, *L'attentato agli impianti e il delitto di riciclaggio* (Milano: Giuffrè, 1982), 58 y ss.; Gaetano Pecorella, “Denaro (sostituzione di)”, en *Digesto discipline penalistiche III* (Torino: UTET, 1989), 366 y ss.

<sup>6</sup> Véase por todos Gherardo Colombo, *Il riciclaggio* (Milano: Giuffrè, 1990), passim; Gaetano Pecorella, “Circolazione del denaro e riciclaggio”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (1991): 1220 y ss.

En la declarada perspectiva de superar estos problemas, en el año 1993 tuvo lugar una tercera reforma del marco legal sobre el blanqueo de capitales. En particular, la Ley n° 328 de 9 de agosto de 1993, promulgada en ratificación del Convenio de Estrasburgo de 1990, amplió la aplicabilidad de los delitos previstos en los artículos 648bis y 648ter del Código Penal al producto de cualquier delito no imprudente. Frente a este marco normativo inicial, otra novedad importante tuvo lugar a finales de 2014, cuando la Ley n° 186 de 15 de diciembre de 2014 introdujo en el Código Penal un nuevo artículo 648ter.1 sobre el delito de “auto-blanqueo” (*autorriciclaggio*).

## 3. El marco de mayor relevancia “europea” de las actividades de blanqueo de capitales descrito por la Directiva (UE) 2018/1673 y las reformas introducidas por el Decreto Legislativo n° 195/2021

La posterior promulgación de la Directiva (UE) 2018/1673 ha dado lugar a nuevas obligaciones de reforma de la legislación italiana; y, ello, sobre todo, debido a la mayor amplitud de la noción de “blanqueo de capitales” que ha sido así delimitada por el ordenamiento jurídico de la Unión Europea<sup>7</sup>.

Ciertamente, a través de las numerosas reformas en materia de blanqueo de capitales que ya se habían introducido en Italia desde 1978, podría decirse que el marco normativo nacional ya se ajustaba en gran medida a estas nuevas obligaciones de la UE. Así, en concreto, a nivel de regulación sustantiva, todas las conductas de “blanqueo de capitales” señaladas en el artículo 3 de la Directiva (UE) 2018/1673 ya encontraban consideración directa en la descripción de los delitos de “receptación”, conforme al artículo 648 del Código Penal, “Blanqueo de capitales”, conforme al artículo 648bis del Código Penal, y “Utilización de dinero, bienes o beneficios de procedencia ilícita”, conforme al artículo 648ter del Código Penal, y con penas conformes a los límites mínimos impuestos por el legislador europeo. Incluso la obligación de establecer la necesaria punibilidad de quienes ya eran responsables del “delito precedente” ya había sido absuelta con la previsión, a partir de enero de 2015, del nuevo delito de “autoblanqueo” en el artículo 648ter.1 del Código Penal. También se ajustaban plenamente a las indicaciones de la directiva las normas sobre la punibilidad de la tentativa y el concurso de personas, así como las relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>8</sup>.

Como resultado de estas múltiples reformas, el plan global de la legislación italiana sobre el blanqueo de capitales se articula, por tanto, en la consideración de varios delitos, que conviene ilustrar ahora con mayor detalle.

## 4. La regulación actual del delito de “blanqueo de capitales” (riciclaggio)

<sup>7</sup> Sobre este punto, con referencia al proyecto de decreto legislativo inicial, véase en particular Filippo Bellagamba, “In dirittura d'arrivo la riforma del riciclaggio: alcune proposte di modifica per andare oltre il mancato recepimento della direttiva europea”, *Sistema Penale*, 11 de octubre de 2021, <https://www.sistemapenale.it/it/opinioni/bellagamba-riforma-riciclaggio-nuovo-decreto-legislativo-recepimento-direttiva-2018-1673>; Fausto Giunta, “L'Europa chiede un ulteriore giro di vite nel contrasto del riciclaggio”, *Discrimen*, (2021): 353 y ss.; Marco Alessandro Morabito, “Lo schema di decreto legislativo per l'attuazione della direttiva UE 2018/1673 sulla lotta al riciclaggio mediante il diritto penale: analisi e considerazioni”, *Giurisprudenza Penale Web*, n.° 9 (2021): 1 y ss. En relación con el Decreto Legislativo final n° 195/2021, véase Filippo Bellagamba, “La riforma del riciclaggio è legge: un'occasione mancata per andare oltre il mero recepimento della direttiva europea”, *Diritto Penale e Processo*, (2022): 445 y ss.; Enzo Musco, *Riciclaggio, autorriciclaggio e reimpiego* (Bologna: Zanichelli, 2022); Giacomo Pestelli, “Riflessioni critiche sulla riforma dei reati di ricettazione, riciclaggio, reimpiego e autorriciclaggio di cui al d.lgs. 8 novembre 2021, n. 195”, *Sistema Penale*, n.° 12 (2021): 49 y ss.; Ciro Santoriello, “Dalla modifica delle fattispecie in tema di riciclaggio ad un'ipotesi di responsabilità a tutto campo per gli enti collettivi?”, *Rivista231*, n.° 2 (2022): 9 y ss.

<sup>8</sup> Para una visión general de la legislación sobre la que se injertó la reforma de 2021, permitanme remitirme de nuevo a lo que indiqué en Alessandro Melchionda, “Il nuovo piano normativo per la “lotta al riciclaggio mediante il diritto penale”, 1 y ss.

Según la redacción actual del artículo 648bis del Código Penal, el delito de "blanqueo de capitales" (riciclamiento) está previsto de la siguiente manera:

Fuera de los casos de complicidad en el delito, el que sustituya o transfiera dinero, bienes u otros productos derivados de un delito, o que realice otras operaciones en relación con ellos, de manera que se impida la identificación de su origen delictivo, será castigado con pena de prisión de cuatro a doce años y multa de 5.000 a 25.000 euros.<sup>9</sup>

En comparación con la redacción inicial del delito, se ha ampliado aún más la tipicidad de la conducta al prever no sólo la sustitución y el traslado de los bienes ilícitos, sino también al incluir cualquier otra operación que dificulte la identificación de su origen delictivo<sup>10</sup>.

La reforma de 2021 también modificó la anterior referencia a la procedencia ilícita únicamente de los "delitos no imprudentes" e introdujo un nuevo párrafo segundo que prevé una pena de prisión de dos a seis años y una multa de 2.500 a 12.500 euros "cuando el hecho se refiera a dinero o cosas procedentes de una falta castigada con una pena de prisión superior a un año en el máximo o a seis meses en el mínimo"<sup>11</sup>.

A continuación, se prevé una agravante "cuando el delito se comete en el ejercicio de una actividad profesional" y una atenuante "si el dinero, los bienes u otros productos proceden de un delito para el que está prevista una pena de prisión inferior a cinco años". Finalmente, se hace referencia al último párrafo del artículo 648 del Código Penal, en virtud del cual se prevé la aplicabilidad de estas disposiciones "aun cuando el autor del delito del que procedan el dinero o las cosas no sea imputable o no sea sancionable o cuando no exista condición de procedibilidad relativa a este delito"<sup>12</sup>.

Las conductas típicas se describen según tres modelos fácticos diferentes.

- La primera conducta de "sustitución" se interpreta como la realización de cualquier operación (bancaria, financiera y/o comercial) que permita separar el producto ilícito del delito precedente impidiendo su posible identificación.

- La segunda hipótesis de conducta es la de "transferencia", que, sin embargo, representa sólo un modo de ejecución de la conducta de "sustitución" y que se ha incluido para penalizar cualquier forma de blanqueo de capitales ilícitos que se sirva de instrumentos de negociación y, más generalmente, de formas legales, sancionando así a cualquier tipo de intermediario que

transfiera el producto de la actividad ilícita a otro lugar<sup>13</sup>.

- La última conducta sancionada representa una especie de cláusula de cierre, penalizando cualquier operación, distinta de la sustitución y la transferencia, que sea capaz de dificultar la identificación de dinero, bienes o servicios de origen ilícito<sup>14</sup>.

La ampliación de los "delitos precedentes" ha contribuido, sin duda, a una aplicación más eficaz del delito en cuestión, reforzando, también en la percepción común, una mayor autonomía de los delitos de los que derivan los bienes ilícitos.

Sin embargo, se debate la pertinencia de algunas hipótesis particulares. Así, en primer lugar, se discute si deben excluirse de la lista de delitos que pueden servir de antecedente al blanqueo de capitales aquellos que no conducen a un incremento, sino sólo a un no empobrecimiento patrimonial, como es el caso de la comisión de delitos fiscales que permiten pagar menos impuestos<sup>15</sup>. La cuestión, que en cualquier caso ha sido resuelta afirmativamente por la jurisprudencia desde hace tiempo<sup>16</sup>, ha adquirido posteriormente una gran importancia, especialmente en lo que se refiere al delito de "auto-blanqueo"<sup>17</sup>.

En mi opinión, no parece aceptable una respuesta generalmente afirmativa o negativa. La existencia típica de una conducta de "blanqueo de capitales" no puede ser concretamente apreciable si no se refiere a un objeto material (ya sea "dinero, bienes u otra utilidad"), que sea también concretamente identificable como el objeto real de la conducta de blanqueo. En otras palabras: el objeto material de cualquier delito de blanqueo de capitales debe ser concretamente identificable en su dimensión objetiva real (y, por tanto, como auténtico requisito de tipicidad), ya antes de la hipotética conducta de "utilización", "sustitución" o "transferencia". Cuando, por el contrario, la infracción tributaria previa no ha supuesto un incremento patrimonial, sino sólo un ahorro de gasto más genérico e indefinido, no es realmente posible circunscribir el "bien" de procedencia ilícita que ha pasado así a formar parte del patrimonio del agente, sobre el que sólo debería poder configurarse una conducta posterior de "uso", "sustitución" o "transmisión"<sup>18</sup>.

En cuanto a la culpabilidad, el delito sólo es punible en caso de dolo, por lo que es necesario que el autor conozca el origen delictivo del bien y actúe con la intención de obstaculizar, mediante una conducta adecuada, la identificación de su origen. Sin embargo, según la interpretación dominante, el delito es también compatible con el "dolo eventual", que se considera que existe tanto cuando el agente actúa aceptando el riesgo de este resultado de obstaculizar el origen ilícito

13 Véase Italia Corte Suprema di Cassazione, *Cassazione penale*, Sez. II, n.° 23774, 13 de julio de 2020.

14 Véase Italia Corte Suprema di Cassazione, *Cassazione penale*, Sez. V, n.° 5459, 18 de enero de 2018.

15 Para un amplio resumen del debate, véase Alain Maria Dell'Osso, *Riciclaggio di proventi illeciti e sistema penale*, 115 y ss.

16 Véase Italia Corte Suprema di Cassazione, *Cassazione penale*, Sez. II, n.° 6061, 17 de enero de 2012; Italia Corte Suprema di Cassazione, *Cassazione penale*, Sez. II, n.° 30889, 9 de septiembre de 2020.

17 Véase Antonio D'Avirro y Marco Giglioli, "Autoriciclaggio e reati tributari", *Diritto penale e processo*, (2015): 135 y ss.; Alain Maria Dell'Osso, *Riciclaggio di proventi illeciti e sistema penale*, 115 y ss.; Antonio Gullo, "Autoriciclaggio e reati tributari", *Diritto penale contemporaneo Rivista Trimestrale*, (2018): 2 y ss.; Anna Maria Maugeri, "L'autoriciclaggio dei proventi dei delitti tributari", en *Punire l'autoriciclaggio. Come, quando e perché* (Torino: Giappichelli, 2016), 101 y ss.; Anna Maria Maugeri, "La lotta all'evasione fiscale tra confisca di prevenzione e autoriciclaggio (nota a Cassazione penale, Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 33451)", *Diritto penale contemporaneo Rivista Trimestrale*, (2015): 207 y ss. Más recientemente, véase también la detallada investigación de Gabriele Civello, *Autoriciclaggio: teoria e prassi* (Torino: Giappichelli, 2022), 231 y ss.

18 Desde este punto de vista, mi opinión coincide, por tanto, con el conocido voto particular motivado por el juez Antonio Del Moral, en la famosa sentencia del Tribunal Supremo n.° 974/2012, de 5 diciembre, en el llamado caso de la "Ballena Blanca": sobre esta decisión, entre otros muchos, véase Miguel Abel Souto, *El blanqueo de dinero. Problemática actual española, con anotaciones de derecho comparado estadounidense, en Halcones y palomas. Corrupción y delincuencia económica* (Madrid: Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2015), 101 y ss.; Isidoro Blanco Cordero, "El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.° 13 (2011): 1 y ss. Catalina Vidales Rodríguez, "Autoblanqueo: criterios restrictivos y efectos perversos", *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.° 67 (2022): 93-116, en prensa. En el vasto panorama de la doctrina italiana, ahora llega a una conclusión similar también Gabriele Civello, *Autoriciclaggio: teoria e prassi*, 246 s., que justifica esta solución interpretativa por considerar que no se solapa con la noción de "procedencia ilícita", igualmente relevante para el decomiso.

9 Italia, *Codice Penale*, Gazzetta Ufficiale, 19 de octubre de 1930, art. 648 bis. En general, para un comentario sobre la disciplina actual del delito de blanqueo de capitales, véanse: Giuseppe Amato, "Le recenti modifiche normative nella lotta al riciclaggio dei profitti delle attività illecite: nuove prospettive sanzionatorie ed investigative", *Cassazione penale*, (1995): 1399; Sergio Moccia, "Impiego di capitali illeciti e riciclaggio: la risposta del sistema penale italiano", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (1995): 728 y ss.; Elio Palombi, *Effettività e normativa antiriciclaggio*, en *Il riciclaggio dei proventi illeciti. Tra politica criminale e diritto vigente* (Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1996), 303 y ss.; Mario Zanchetti, "Il contributo delle organizzazioni internazionali nella definizione delle strategie di contrasto al riciclaggio", en *Riciclaggio e reati connessi all'intermediazione mobiliare* (Torino: Utet, 2000), 3 y ss.; Adelmo Manna, "Il bene giuridico tutelato dei delitti di riciclaggio e reimpiego: dal patrimonio all'amministrazione della giustizia sino all'ordine pubblico ed all'ordine economico", en *Riciclaggio e reati connessi all'intermediazione mobiliare* (Torino: Utet, 2000), 53 y ss.; Angelo Mangione, "Mercati finanziari e criminalità organizzata: spunti problematici sui recenti interventi normativi di contrasto al riciclaggio", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (2003): 1186 y ss.; Vittorio Manes, "Il riciclaggio dei proventi illeciti: teoria e prassi dell'intervento penale", *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, (2004): 35 y ss.; Marco Angelini, *Il reato di riciclaggio (Art. 648bis c.p.)*, *Aspetti dogmatici e problemi applicativi* (Torino: Giappichelli, 2008), 19 y ss.; Carlo Longobardo, "Il fenomeno del riciclaggio del denaro sporco tra valorizzazione di esigenze preventive ed ineffectività della repressione penale", en *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative* (Torino: Giappichelli, 2010), 228 y ss.; Ranieri Razzante, *Il riciclaggio nella giurisprudenza. Normativa e prassi applicative* (Milano: Giuffrè, 2011), 93.

10 Véanse Giovanni Fiandaca y Enzo Musco, "I delitti contro il patrimonio", en *Diritto penale. Parte speciale* (Bologna: Zanichelli, 2015), 255 y ss.; Ferrando Mantovani, *Diritto Penale. Parte speciale II: Delitti contro il patrimonio* (Milano: Cedam, 2021), 289 y ss.

11 Italia, *Codice Penale*, art. 648 bis.

12 Italia, *Codice Penale*, art. 648.

de los bienes "blanqueados", como cuando la duda se refiere a la propia ilicitud del origen de estos bienes<sup>19</sup>.

## 5. La regulación actual del delito de "receptación" (*ricettazione*)

Como ya se ha dicho, en la perspectiva de una consideración más amplia del fenómeno del blanqueo de capitales, transpuesta por la Directiva (UE) 2018/1673, es necesario ahora considerar también la disciplina prevista en el artículo 648 del Código Penal para el delito de "receptación". Esta disposición castiga con penas de prisión de dos a ocho años y con multas de 516 a 10.329 euros a quien, "fuera de los casos de complicidad en el delito" y actuando con el "fin de procurarse un beneficio propio o ajeno», «adquiera, reciba u oculte dinero o cosas procedentes de cualquier delito, o en cualquier caso se entrometa en su adquisición, recepción u ocultación"<sup>20</sup>. También en este caso, a raíz de la reciente modificación introducida por el Decreto Legislativo nº 195/2021, se introdujo un nuevo párrafo segundo que prevé la pena "de prisión de uno a cuatro años y multa de 300 a 6.000 euros cuando el hecho se refiera a dinero o cosas procedentes de una falta castigada con pena de prisión superior a un año en el máximo o a seis meses en el mínimo"<sup>21</sup>.

Además, se prevé una circunstancia agravante "cuando la infracción se comete en el ejercicio de una actividad profesional" y una circunstancia atenuante "si el hecho es de especial tenuidad". Como ya se ha señalado, el último párrafo del artículo 648 del Código Penal prevé la aplicabilidad de estas disposiciones "incluso cuando el autor del delito del que proceden el dinero o las cosas no



sea imputable o no sea sancionable o cuando no exista condición de procedibilidad relativa a este delito"<sup>22</sup>.

Este delito también se castiga sólo en caso de dolo y este aspecto, además de otros requisitos de tipicidad objetiva, se considera decisivo para distinguir el "blanqueo de capitales" de la "receptación": en este sentido, la jurisprudencia afirma que, en realidad, la diferencia debe buscarse en relación con los elementos estructurales, pues en el caso del "blanqueo de capitales" es necesario que la conducta tenga la idoneidad de obstaculizar la identificación del origen de los bienes, mientras que, en el plano subjetivo, en el caso de la "receptación" es necesario que el agente haya actuado con el propósito de obtener un beneficio<sup>23</sup>.

Este punto también es relevante para distinguir el ámbito de aplicación del delito de "receptación" de la falta de "Adquisición de cosas de origen sospechoso", en virtud del artículo 712 del Código Penal, ya que, como ya se reconoció en una importante sentencia de la Corte di Cassazione italiana, en Secciones Unidas, debe considerarse que la aplicabilidad de este delito se limita a las conductas no soportadas por el dolo, aunque sea de forma eventual<sup>24</sup>.

## 6. Disciplina actual del delito de "Utilización de dinero, bienes o beneficios de origen ilícito"

Como ya he recordado, a partir de la reforma de 1990, el sistema represivo de las conductas de blanqueo y reutilización de sumas y bienes

<sup>19</sup> Véase Alain Maria Dell'Osso, *Riciclaggio di proventi illeciti e sistema penale*, 123 y ss.; Manuela Giovannetti, "Lelemento soggettivo nel riciclaggio", en *Riciclaggio e reati connessi all'intermediazione mobiliare* (Torino: UTET, 2000), 164 y ss.; Mauro Ronco, "Dolo, colpa, responsabilità oggettiva per il delitto di riciclaggio", *Indice Penale*, (2013): 11 y ss.

<sup>20</sup> Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva (UE) 2018/1673 relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal*.

<sup>21</sup> España, *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, art. 298.1.

<sup>22</sup> Italia, *Codice Penale*, art. 648.

<sup>23</sup> Véase Italia Corte Suprema di Cassazione, *Cassazione penale*, Sez. II, n.° 13448, 23 de febrero 2005; Italia Corte Suprema di Cassazione, *Cassazione penale*, Sez. II, n.° 10746, 21 de noviembre 2014; Italia Corte Suprema di Cassazione, *Cassazione penale*, Sez. V, n.° 5459.

<sup>24</sup> Este es el principio enunciado por Italia Corte Suprema di Cassazione, *Cassazione penale*, Sez. Un, n.° 12433, 26 de noviembre de 2009, con una nota de Massimo Donini, "Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le sezioni unite riscoprono l'elemento psicologico", *Cassazione Penale*, n.° 50 (2010): 2548 y ss., y con una nota de Gian Paolo Demuro, "Il dolo eventuale: alla prova del delitto di ricettazione", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (2011): 300 y ss.

procedentes del delito se ha enriquecido aún más con la introducción del delito contemplado en el artículo 648ter c.p. del Código Penal, que regula el delito de "Utilización de dinero, bienes o beneficios de origen ilícito".

Según la redacción actual de este delito,

[1] El que, sin ser cómplice del delito y fuera de los casos previstos en los artículos 648 y 648 bis, utilice en actividades económicas o financieras dinero, bienes u otras utilidades procedentes de un delito, será castigado con pena de prisión de cuatro a doce años y multa de 5.000 a 25.000 euros.<sup>25</sup>

También en este caso, a raíz de la reciente modificación introducida por el Decreto Legislativo nº 195/2021, se introdujo un nuevo párrafo segundo, que prevé la pena de "prisión de dos a seis años y multa de 2.500 a 12.500 euros, cuando el hecho se refiera a dinero o cosas procedentes de una falta castigada con una pena de prisión superior a un año en el máximo o a seis meses en el mínimo"<sup>26</sup>.

Además, existe una circunstancia agravante "cuando el delito se comete en el ejercicio de una actividad profesional", una circunstancia atenuante "si el hecho es de especial tenuidad", y se hace referencia a la disposición del último párrafo del artículo 648 del Código Penal, según la cual se prevé la aplicabilidad de estas disposiciones "aun cuando el autor del delito del que procedan el dinero o las cosas no sea imputable o no sea sancionable o cuando no exista condición de procedibilidad relativa a este delito"<sup>27</sup>.

Se trata de una norma que se introdujo con el objetivo de penalizar la tercera fase de la conducta típica del blanqueo de capitales, identificada en la denominada *integration stage* (etapa de integración). Al tratarse del último eslabón del fenómeno del blanqueo de capitales, que entraña los mayores peligros para la estabilidad del mercado, aunque se encuadre en los delitos contra la propiedad, la mayoría de los autores reconocen el orden económico como un bien jurídico protegido, especialmente en forma de inversión, ya que la inversión de grandes cantidades de capital por parte de empresas delictivas constituye una perturbación del mercado.

Este delito tiene muchas similitudes con el delito de blanqueo de capitales. Por ello, no se conocen muchos casos de aplicación de este delito, ya que el delito de blanqueo de capitales parece destinado a prevalecer en todo caso en virtud de la cláusula de reserva contenida en el art. 648ter del Código Penal, que limita la aplicabilidad del delito sólo "fuera de los casos previstos en los artículos 648 y 648bis"<sup>28</sup>.

## 7. Disciplina actual del delito de "auto-blanqueo" (autoriciclaggio)

Como ya he señalado, el delito de "auto-blanqueo" (*autoriciclaggio*) se introdujo en Italia con la Ley nº 186 de 2014 y la inclusión en el Código Penal del artículo 648ter.1<sup>29</sup>. Los puntos centrales del delito se pueden resumir de la siguiente manera:

- el autor del delito es cualquier persona que haya cometido o contribuido a cometer un delito o una falta castigada con una pena de prisión superior a un año en el máximo o a seis meses en el mínimo;

- la conducta prohibida consiste en utilizar, sustituir, transferir dinero, bienes u otros beneficios derivados de ese delito o falta en actividades económicas, financieras, empresariales o especulativas;

- la conducta debe estar estructurada de manera que obstaculice concretamente la identificación de su origen delictivo<sup>30</sup>.

El elemento subjetivo necesario para la existencia del delito es el dolo. No se requiere finalidad de lucro, por lo que es suficiente el conocimiento y la voluntad de la conducta, que, sin embargo, también debe referirse a la idoneidad de la conducta para evitar la identificación del origen criminal de los bienes. Se excluye, por tanto, la relevancia del dolo eventual, que sin embargo la jurisprudencia considera compatible con el delito de "receptación"<sup>31</sup>.

Este nuevo delito sigue siendo objeto de muchas críticas e incertidumbres interpretativas. En particular, como ya he mencionado, se discute si el objeto material del delito puede consistir también en las sumas derivadas de los delitos fiscales como resultado del ahorro fiscal<sup>32</sup>. Y siguen existiendo muchas dudas sobre la previsión contenida en el párrafo cuarto del artículo 648-ter.1 del Código Penal, que prevé la no punición de las conductas dirigidas al mero uso o disfrute personal de las ganancias ilícitas<sup>33</sup>.

## 8. Conclusiones y perspectivas de refundación de la normativa actual

La multitud de iniciativas emprendidas para abordar el fenómeno del blanqueo de capitales atestiguan la conciencia de la situación actual y el peligro que el blanqueo de capitales representa

<sup>29</sup> Esta novedad legislativa ha sido objeto de numerosos comentarios. Entre muchos véanse: Renato Bricchetti, "Riciclaggio e auto-riciclaggio", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (2014): 684 y ss.; Stefano Cavallini y Luca Troyer, "Apocalittici o integrati? Il nuovo reato di autoriciclaggio: ragionevoli sentieri ermeneutici all'ombra del "vicino ingombrante", *Diritto penale contemporaneo Rivista Trimestrale*, (2015): 95 y ss.; Gabriele Civallo, *Autoriciclaggio: teoria e prassi, passim*; Alain Maria Dell'Osso, "Il reato di autoriciclaggio: la politica criminale cede il passo a esigenze mediatiche e investigative", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (2015): 796 y ss.; Alain Maria Dell'Osso, *Riciclaggio di proventi illeciti*, 167 y ss.; Francesco Mucciarelli, "Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio", *Diritto penale contemporaneo Rivista Trimestrale*, (2015): 108 y ss.; Filippo Sgubbi, "Il nuovo delitto di "autoriciclaggio": una fonte inesauribile di "effetti perversi" dell'azione legislativa", *Diritto penale contemporaneo Rivista Trimestrale*, (2015): 140; Nicolò Amore, "L'autoriciclaggio tra responsabilità individuale e collettiva", *Legislazione penale, Web*, 14 de marzo 2016, 1 y ss.

<sup>30</sup> En general véanse: Giovanni Fiandaca y Enzo Musco, "I delitti contro il patrimonio", 270 y ss.; Ferrando Mantovani, *Diritto Penale. Parte speciale II: Delitti contro il patrimonio*, 303 y ss.

<sup>31</sup> Italia Corte Suprema di Cassazione, *Cassazione penale, Sez. II, n.° 34481*, 14 de junio de 2019.

<sup>32</sup> Véanse Antonio D'Avirro y Marco Giglioli, "Autoriciclaggio e reati tributari", *Diritto penale e processo*, (2015): 135 y ss.; Antonio Gull, "Autoriciclaggio e reati tributari", 2 y ss.

<sup>33</sup> Italia Corte Suprema di Cassazione, *Cassazione penale, Sez. II, n.° 36522*, 16 de julio 2019; e, Italia Corte Suprema di Cassazione, *Cassazione penale, Sez. VI, n.° 13571*, 30 de enero 2020. En la doctrina véase Alain Maria Dell'Osso, *Riciclaggio di proventi illeciti e sistema penale*, 203.

<sup>25</sup> Véase Giovanni Fiandaca y Enzo Musco, "I delitti contro il patrimonio", 266 y ss.; Ferrando Mantovani, *Diritto Penale. Parte speciale II: Delitti contro il patrimonio*, 298 y ss.

<sup>26</sup> España, *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, art. 301 numeral 1.

<sup>27</sup> Italia, *Codice Penale*, art. 648.

<sup>28</sup> Vincenzo Bruno Muscatiello, "Riciclaggio e reinvestimento di denaro illecito: melius abundare quam deficere?", en *Riciclaggio e reati connessi all'intermediazione mobiliare* (Torino: UTET, 2000), 132 y ss.

para la economía legal y la sociedad civil. En todo caso, cabe señalar que, a pesar de los esfuerzos realizados, incluso después de las innovaciones introducidas por el legislador italiano con la reforma dictada por el Decreto Legislativo n° 195/2021, el marco general de la disciplina italiana de blanqueo de capitales nos parece que sigue marcado por la persistencia de perfiles críticos<sup>34</sup>.

Por cierto, la frecuencia de las intervenciones de reforma introducidas para aplicar las indicaciones de la Unión Europea ha llevado al legislador italiano a adoptar meras correcciones introducidas con una técnica puramente novelesca, perdiendo así, una vez más, la oportunidad de una remodelación más general de la disciplina global<sup>35</sup>. Por lo tanto, ahora está claro que en la dimensión actual de los distintos delitos persisten defectos heredados de múltiples innovaciones legislativas, algunas de ellas muy antiguas, que se han superpuesto en ausencia de una visión homogénea y actualizada.

Si el fenómeno del blanqueo de capitales debe ser abordado con especial atención y rigor como una forma de manifestación delictiva que, al igual que la financiación del terrorismo y la delincuencia organizada, "perjudica la integridad, la estabilidad y la reputación del sector financiero y constituye una amenaza para el mercado interior y la seguridad interior de la Unión"<sup>36</sup>, el eje del desvalor de los delitos relevantes ha de centrarse principalmente en los efectos de las conductas concretas de blanqueo de capitales, así como en el tipo de sectores empresariales en los que se cometen dichas conductas, pero no en la gravedad de los delitos que dan lugar a las ganancias ilícitas. Desde este punto de vista, parece generalmente incongruente cualquier sanción correctiva prevista en función de la naturaleza y/o la gravedad del "delito precedente". También atendiendo a las repercusiones negativas en el mercado y en la protección de la libre competencia que se derivan del fenómeno del blanqueo de capitales (incluyendo, por supuesto, también los casos de autoblanqueo), podría ser más coherente con el desvalor objetivo de las distintas conductas prever circunstancias atenuantes, no sólo en los casos de "delitos especialmente leves" (para las que podría ser mejor prever un efecto de no punibilidad real), sino también en presencia de determinados umbrales cuantitativos de punibilidad atenuada, calculados en función del valor de los bienes y/o de las sumas efectivamente blanqueadas<sup>37</sup>.

Como resultado de la legislación actual, muy a menudo asistimos a la criminalización de conductas derivadas de mera negligencia o mala preparación donde no existe ningún fin de lucro, y con referencia a lo cual, parte de la doctrina ha llegado a elaborar soluciones muy críticas, como las denominadas "facilitación imprudente" que, en el sector financiero, abriría el camino a formas de responsabilidad objetivamente excesivas.

Una política penal correcta y equitativa requeriría que incluso las reglas establecidas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones impuestas a los operadores bancarios no puedan separarse de una rigurosa prueba de conciencia y voluntad. Es necesario entonces remodelar la materia en su totalidad, limitando las aperturas indiscriminadas hacia la criminalización de conductas no intencionales, entre las que se incluyen también aquellas hipótesis de "dolo eventual", que sólo desde un punto de vista puramente normativo pueden equipararse a una

<sup>34</sup> Para análisis críticos y propuestas de reforma más específicas, véanse: Andrea Castaldo y Marco Naddeo, "La normativa comunitaria e italiana sul riciclaggio: quali correzioni per una politica criminale efficace? (Un interessante raffronto con la legislazione argentina)", *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia* (2008): 299 y ss.; Andrea Castaldo y Marco Naddeo, *Il denaro sporco. Prevenzione e repressione nella lotta al riciclaggio* (Padova: Cedam, 2010), *passim*; Alain Maria Dell'Oso, *Riciclaggio di proventi illeciti e sistema penale*, 289 y ss.; Angelo Mangione, "Mercati finanziari e criminalità organizzata: spunti problematici sui recenti interventi normativi di contrasto al riciclaggio", 1186 y ss.

<sup>35</sup> En un sentido crítico, sobre la falta de una reevaluación exhaustiva de este ámbito de la disciplina nacional, véase también Filippo Bellagamba, "La riforma del riciclaggio è legge: un'occasione mancata per andare oltre il mero recepimento della direttiva europea", 445.

<sup>36</sup> Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *Directiva (UE) 2018/1673 relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal*, primer considerando.

<sup>37</sup> Me remito aquí a las consideraciones generales que ya he esbozado también en Alessandro Melchionda, "Il nuovo piano normativo per la "lotta al riciclaggio mediante il diritto penale", 1 y ss.

intencionalidad coherente con la tipicidad de los delitos así considerados.

Como se ha observado con razón, todo ello "no sólo incide negativamente en el principio general de libertad, que se comprime ante un dato fáctico incierto", sino que también conlleva repercusiones potencialmente susceptibles de generar efectos negativos para la propia esfera económica protegida:

accionar la obligación de abstención (como precipitado de la prohibición penal) desde que surge la sospecha del origen delictivo de los bienes supone elevar la inacción económica a norma, lo que constituye un perjuicio en sí mismo: la economía es dinámica por naturaleza y el estancamiento la perjudica.<sup>38</sup>

La afirmación es absolutamente fundada. La penalización de conductas caracterizadas por la mera duda del origen ilícito descarga sobre quien tiene ocasión de intervenir en el proceso de distribución de los bienes y manejo del dinero un deber de atención y prudencia, que, aunque aceptable y justificado dentro de los límites en que puede imponerse mediante mecanismos de sanción extrapenal no parece razonable cuando se eleva a presupuesto para la misma imputación dolosa, no ya de conductas de ulterior uso y puesta en el mercado de tales bienes, sino también de conductas más genéricas de mera gestión de los mismos (en cuanto a su "sustitución" y/o "transferencia")<sup>39</sup>.

En conclusión, dados los resultados no decisivos obtenidos a nivel represivo por la imposibilidad antes mencionada de garantizar uniformidad regulatoria y de aplicación a las disciplinas represivas, es legítimo preguntarse si la optimización de un sistema administrativo-disciplinario no puede resultar decisiva.

La sujeción a formas de supervisión regulatoria y prudencial de todas las actividades que puedan ser utilizadas con fines de blanqueo de capitales y el fortalecimiento de las autoridades responsables de ello, o su implantación para los sectores en los que actualmente no se contemplan, permitiría indudablemente prevenir gran parte de las conductas, que hoy son instrumentales para las operaciones de lavado de activos, contribuyendo a la reducción del fenómeno y a la restricción, en un contexto limitado y residual, de la intervención penal.

Al mismo tiempo, una articulación más correcta y funcional de la disciplina penal del blanqueo de capitales debería liberarse también de la relevancia dominante que siguen teniendo aquellos requisitos de obstaculización del origen ilícito en los que se centran los principales casos de referencia. En efecto, se trata de aspectos poco relevantes en la perspectiva de la protección del orden económico (que, no por casualidad, la propia jurisprudencia tiende a situar en un segundo plano) y que sólo parecen justificables con vistas a la protección de la administración de justicia, lo que, sin embargo, no permite por sí solo que la incriminación del blanqueo de capitales sea verdaderamente independiente, liberándola de los espacios, por otra parte todavía persistentes, de una posible violación del *ne bis in idem*.

Ciertamente conforme a las obligaciones de la UE, podría resultar también una reforma más general del sistema global de delitos de blanqueo de capitales, que, sin renunciar (siendo así impuesta) a la consideración (y sanción) de las conductas de "ocultación" o "disimulación" de "la verdadera naturaleza, procedencia, ubicación, disposición, movimiento, titularidad de bienes o derechos" de procedencia ilícita (como prevé el art. 3 de la Directiva (UE) 2018/1673), sin embargo, asigna mayor centralidad al delito de "Utilización de dinero, bienes o beneficios de procedencia

<sup>38</sup> Véase Fausto Giunta, "L'Europa chiede un ulteriore giro di vite nel contrasto del riciclaggio", 355, que también señala como posible solución el recurso a una "tipificación expresa del dolo en la forma intencional (excluyendo lo eventual), para equilibrar la extensión de la tipicidad objetiva de los delitos en cuestión con un criterio subjetivo más selectivo".

<sup>39</sup> Sobre la posible inutilidad de mantener la predicción de dicha conducta véase ahora también el interesante estudio de Simona Vitale, "Riciclaggio e prevedibilità della risposta penale: interpretazioni giurisprudenziali dubbie e soluzioni de jure condendo", *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, (2021): 672.

ilícita", previsto ahora en el artículo 648ter del Código Penal, liberando la regulación de este delito de aquella cláusula de subsidiariedad hacia las hipótesis separadas de los artículos 648 y 648bis del Código Penal, que, de hecho, ha relegado a los márgenes de la atención jurisprudencial el ámbito de relevancia de las conductas que realmente contaminan el mercado a través de la inyección de ganancias adquiridas ilícitamente.

Desde el punto de vista de una acción moderna y funcional de lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho Penal, el proceso de revisión normativa necesario para lograr una reorganización renovada y eficaz de la normativa actualmente en vigor parece, por tanto, aún incompleto. Y el camino correcto, en este sentido, no puede ser ciertamente el de proceder, como ha ocurrido hasta ahora, con intervenciones novelísticas parciales y fragmentarias. Tras décadas de correcciones adicionales, a menudo descoordinadas, la vía para conseguir una legislación más eficaz en la lucha contra el blanqueo de capitales debe pasar por una reformulación integral de todas las infracciones penales actuales, llevada a cabo sobre la base de una selección previa de los bienes jurídicos (en primer lugar, el de la protección del mercado y la libre competencia) en los que el uso del Derecho Penal debe centrar su ámbito de intervención principal.

## Bibliografía

- Abel Souto, Miguel. *El blanqueo de dinero. Problemática actual española, con anotaciones de derecho comparado estadounidense, en Halcones y palomas. Corrupción y delincuencia económica*. Madrid: Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2015.
- Amato, Giuseppe. "Le recenti modifiche normative nella lotta al riciclaggio dei profitti delle attività illecite: nuove prospettive sanzionatorie ed investigative". *Cassazione penale*, (1995).
- Amore, Nicolò. "L'autoriciclaggio tra responsabilità individuale e collettiva". *Legislazione penale*, Web. 14 de marzo 2016.
- Angelini, Marco. *Il reato di riciclaggio (Art. 648bis c.p.). Aspetti dogmatici e problemi applicativi*. Torino: Giappichelli, 2008.
- Bellagamba, Filippo. "In dirittura d'arrivo la riforma del riciclaggio: alcune proposte di modifica per andare oltre il mancato recepimento della direttiva europea". *Sistema Penale*, 11 de octubre de 2021. <https://www.sistemapenale.it/it/opinioni/bellagamba-riforma-riciclaggio-nuovo-decreto-legislativo-recepimento-direttiva-2018-1673>.
- . "La riforma del riciclaggio è legge: un'occasione mancata per andare oltre il mero recepimento della direttiva europea". *Diritto Penale e Processo*, (2022).
- Blanco Cordero, Isidoro. "El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 13 (2011).
- Bricchetti, Renato. "Riciclaggio e auto-riciclaggio". *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (2014).
- Castaldo, Andrea y Marco Naddeo. "La normativa comunitaria e italiana sul riciclaggio: quali correzioni per una politica criminale efficace? (Un interessante raffronto con la legislazione argentina)". *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia* (2008).
- . *Il denaro sporco. Prevenzione e repressione nella lotta al riciclaggio*. Padova: Cedam, 2010.
- Cavallini, Stefano y Luca Troyer. "Apocalittici o integrati? Il nuovo reato di autoriciclaggio: ragionevoli sentieri ermeneutici all'ombra del "vicino ingombrante". *Diritto penale contemporaneo Rivista Trimestrale*, (2015).
- Civello, Gabriele. *Autoriciclaggio: teoria e prassi*. Torino: Giappichelli, 2022.
- Colombo, Gherardo. *Il riciclaggio*. Milano: Giuffrè, 1990.
- Dalia, Andrea Antonio. *L'attentato agli impianti e il delitto di riciclaggio*. Milano: Giuffrè, 1982.
- Dell'Osso, Alain Maria. "Il reato di autoriciclaggio: la politica criminale cede il passo a esigenze mediatiche e investigative". *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (2015).
- . *Riciclaggio di proventi illeciti e sistema penale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2017.
- Demuro, Gian Paolo. "Il dolo eventuale: alla prova del delitto di ricettazione". *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (2011).
- Donini, Massimo. "Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le sezioni unite riscoprono l'elemento psicologico". *Cassazione Penale*, n.º 50 (2010).
- D'Avirro, Antonio y Marco Giglioli. "Autoriciclaggio e reati tributari". En *Diritto penale e processo*, (2015).
- España. *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995.

Fiandaca, Giovanni, y Enzo Musco. "I delitti contro il patrimonio", en *Diritto penale. Parte speciale*. Bologna: Zanichelli, 2015.

Giovanetti, Manuela. "Lelemento soggettivo nel riciclaggio". En *Riciclaggio e reati connessi all'intermediazione mobiliare*. Torino: UTET, 2000.

Giunta, Fausto. "L'Europa chiede un ulteriore giro di vite nel contrasto del riciclaggio". *Discrimen*, (2021).

Gullo, Antonio. "Autoriciclaggio e reati tributari". *Diritto penale contemporaneo Rivista Trimestrale*, (2018).

Italia. *Codice Penale*. Gazzetta Ufficiale, 19 de octubre de 1930.

Italia Corte Suprema di Cassazione. *Cassazione penale, Sez. II, n.° 13448*. 23 de febrero 2005.

———. *Cassazione penale, Sez. Un, n.° 12433*. 26 de noviembre de 2009.

———. *Cassazione penale, Sez. II, n.° 6061*. 17 de enero de 2012.

———. *Cassazione penale, Sez. II, n.° 10746*. 21 de noviembre 2014.

———. *Cassazione penale, Sez. V, n.° 5459*. 18 de enero de 2018.

———. *Cassazione penale, Sez. II, n.° 34481*. 14 de junio de 2019.

———. *Cassazione penale, Sez. II, n.° 36522*. 16 de julio 2019.

———. *Cassazione penale, Sez. VI, n.° 13571*. 30 de enero 2020.

———. *Cassazione penale, Sez. II, n.° 23774*. 13 de julio de 2020.

———. *Cassazione penale, Sez. II, n.° 30889*. 9 de septiembre de 2020.

Longobardo, Carlo. "Il fenomeno del riciclaggio del denaro sporco tra valorizzazione di esigenze preventive ed ineffettività della repressione penale". En *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*. Torino: Giappichelli, 2010.

Manes, Vittorio. "Il riciclaggio dei proventi illeciti: teoria e prassi dell'intervento penale". *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, (2004).

Mangione, Angelo. "Mercati finanziari e criminalità organizzata: spunti problematici sui recenti interventi normativi di contrasto al riciclaggio". *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (2003).

Manna, Adelmo. "Il bene giuridico tutelato dei delitti di riciclaggio e reimpiego: dal patrimonio all'amministrazione della giustizia sino all'ordine pubblico ed all'ordine economico". En *Riciclaggio e reati connessi all'intermediazione mobiliare*. Torino: Utet, 2000.

Mantovani, Ferrando. *Diritto Penale. Parte speciale II: Delitti contro il patrimonio*. Milano: Cedam, 2021.

Maugeri, Anna Maria. "La lotta all'evasione fiscale tra confisca di prevenzione e autoriciclaggio (nota a Cassazione penale, Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 33451)". *Diritto penale contemporaneo Rivista Trimestrale*, (2015).

———. "L'autoriciclaggio dei proventi dei delitti tributari". En *Punire l'autoriciclaggio. Come, quando e perché*. Torino: Giappichelli, 2016.

Melchionda, Alessandro. "Il nuovo piano normativo per la "lotta al riciclaggio mediante il diritto penale". *Archivio Penale*, n.° 2 (2022).

Moccia, Sergio. "Impiego di capitali illeciti e riciclaggio: la risposta del sistema penale italiano". *Rivista italiana*

*di diritto e procedura penale*, (1995).

Morabito, Marco Alessandro. "Lo schema di decreto legislativo per l'attuazione della direttiva UE 2018/1673 sulla lotta al riciclaggio mediante il diritto penale: analisi e considerazioni". *Giurisprudenza Penale Web*, n.° 9 (2021).

Mucciarelli, Francesco. "Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio". *Diritto penale contemporaneo Rivista Trimestrale*, (2015).

Muscatiello, Vincenzo Bruno. "Riciclaggio e reinvestimento di denaro illecito: melius abundare quam deficere?". En *Riciclaggio e reati connessi all'intermediazione mobiliare*. Torino: UTET, 2000.

Musco, Enzo. *Riciclaggio, autoriciclaggio e reimpiego*. Bologna: Zanichelli, 2022.

Palombi, Elio. *Effettività e normativa antiriciclaggio*. En *Il riciclaggio dei proventi illeciti. Tra politica criminale e diritto vigente*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1996.

Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. *Directiva (UE) 2018/1673 relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal*. 23 de octubre de 2018. <https://www.boe.es/doue/2018/284/L00022-00030.pdf>.

Pecorella, Gaetano. "Denaro (sostituzione di)". En *Digesto discipline penalistiche III*. Torino: UTET, 1989.

———. "Circolazione del denaro e riciclaggio". *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, (1991).

Pestelli, Giacomo. "Riflessioni critiche sulla riforma dei reati di ricettazione, riciclaggio, reimpiego e autoriciclaggio di cui al d.lgs. 8 novembre 2021, n. 195". En *Sistema Penale*, n.° 12 (2021).

Razzante, Ranieri. *Il riciclaggio nella giurisprudenza. Normativa e prassi applicative*. Milano: Giuffrè, 2011.

Ronco, Mauro. "Dolo, colpa, responsabilità oggettiva per il delitto di riciclaggio". *Indice Penale*, (2013).

Santoriello, Ciro. "Dalla modifica delle fattispecie in tema di riciclaggio ad un'ipotesi di responsabilità a tutto campo per gli enti collettivi?". *Rivista231*, n.° 2 (2022).

Sgubbi, Filippo. "Il nuovo delitto di "autoriciclaggio": una fonte inesauribile di "effetti perversi" dell'azione legislativa". *Diritto penale contemporaneo Rivista Trimestrale*, (2015).

Vidales Rodríguez, Catalina. "Autoblanqueo: criterios restrictivos y efectos perversos". *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.° 67 (2022): 93-116.

Vitale, Simona. "Riciclaggio e prevedibilità della risposta penale: interpretazioni giurisprudenziali dubbie e soluzioni de jure condendo". *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, (2021).

Zanchetti, Mario. *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*. Milano: Giuffrè, 1997.

———. *Riciclaggio*. En *Digesto discipline penalistiche XII*. Torino: UTET, 1997.

———. "Il contributo delle organizzazioni internazionali nella definizione delle strategie di contrasto al riciclaggio". En *Riciclaggio e reati connessi all'intermediazione mobiliare*. Torino: Utet, 2000.



La cooperación judicial  
internacional en materia de  
**BLANQUEO DE  
DINERO**

*Gustavo Darío Meirovich<sup>12</sup>*

## I. Introducción

La globalización ha traído consigo un cambio de modalidad en las herramientas y en la sofisticación para cometer conductas ilícitas, por lo que se ha comprobado empíricamente que la mayoría de los resultados obtenidos mediante la consumación de los ilícitos económicos trascienden las fronteras de los Estados. En algunos casos incluso, se regionalizan mapas de delitos, lo que hace que las organizaciones criminales se complementen y operen de manera conjunta en distintos países. Pareciera ser que las estructuras criminales han adoptado las reglas de "la ventaja comparativa", tal como las utilizan los Estados en materia de prevención y reacción penal cuando desarrollan las "matrices de riesgo" para combatir el lavado de dinero y asegurar los frutos económicos del ilícito. Justamente, la ramificación y terciarización de la estructura de las asociaciones ilícitas en diferentes países es lo que se denomina fenómeno de transnacionalización de las fronteras del estado y su sistema jurídico.

---

<sup>1</sup> Docente en la UBA en la carrera de posgrado de especialización del Ministerio Público Fiscal Derecho Penal, Vocal Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal Económico y Empresa, Master en Derecho Penal. Director de la Diplomatura en "Lavado de dinero: prevención, investigación criminal y evidencia digital" por parte de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Nación y La Asociación Internacional de Derecho Penal Económico y la empresa", Profesor permanente en el Master anual de Lavado de Dinero por parte de la Universidad de Derecho de Santiago de Compostela, junto a profesores de toda Europa. Expositor en múltiples congresos y cursos dictados en el Paraguay, Bolivia, México y Alemania. Autor de diferentes publicaciones desde 2004 en materia de Sociedad de Riesgo, Ilícitos Económicos y Responsabilidad de las Personas Jurídicas, en publicaciones argentinas y españolas, y recientemente coordinador general por parte de Magistrados y funcionarios del Poder Judicial en el marco de la jornada efectuada el 25 de agosto del corriente año por parte de la OPDAT en la residencia del Embajador de los EEUU. Co-director de libros " Ilícitos Económicos y Evidencia Digital", ed. Por Editores 2023. Coordinador del Instituto Superior de la Magistratura en la Asociación de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Nación;

<sup>2</sup> Con la colaboración de Carla Paoletti, estudiante con título en trámite de la Universidad de Buenos Aires, con intercambio en la Universidad Bocconi de Milan con beca de aquella Universidad, actualmente cursando la Maestría en Derecho Penal de la Universidad Torcuato Di Tella.



El crecimiento exponencial de estas conductas ha adquirido desarrollo e importancia en las actividades financieras, proceso que no ha tenido la magnitud que hoy en día concurre en las tramas del crimen organizado. Ello, se caracteriza por la complejidad cada vez mayor de maniobras delictivas tales como el lavado de dinero. El rol fundamental que adquirió este delito en el último tiempo se debe a la necesidad de blanquear los capitales producto de actividades ilícitas, dado que, en la mayoría de los casos, las organizaciones criminales mantienen el protagonismo y se complementan según las ventajas comparativas que proponen verdaderas usinas de curso ilegal. Digamos que, por ejemplo, si se quisiese fondear una cuenta para luego blanquearla en un paraíso fiscal, como fin último de la trazabilidad que se quiere obtener, seguramente se va a recurrir a un circuito que comenzará con la colocación de dinero en efectivo, en mesas de dinero descontando, cheques o utilizando verdaderas usinas de facturación apócrifas de empresas reales o inexistentes.

En tal dirección, observamos enjuagues previos al lavado de dinero. Si los fondos obtenidos ilegítimamente por haber cometido un ilícito anterior, son dinero en efectivo o producto de una infracción cambiaria y/o impositiva, deben ser enjuagados por los servicios de una organización ajena y/o en determinados casos, por aquellas personas dentro de la organización que cometieron esos mismos ilícitos precedentes. En el primer caso, nos encontramos con el conocimiento específico de la organización dedicada a tal fin, que funciona como usina de sus usuarios, los beneficiarios. En el segundo caso, en cambio, la misma organización criminal tiene integrantes dentro de la estructura que mantienen un rol específico con mayor conocimiento que las organizaciones externas, cuya función es vender su servicio.

La transnacionalización del crimen ha implicado un verdadero cambio de paradigma, cuya principal característica ha sido el grado de sofisticación y envergadura de aquellas maniobras delictivas. Nace así la obligación de los Estados de generar un avance tecnológico acorde, redoblando sus esfuerzos para combatir esas conductas a través de herramientas tales como la cooperación internacional y la elaboración de instrumentos de asistencia legal mutua. Sin perjuicio de ello, se vislumbra que este proceso se ha dado de forma asimétrica en el globo.

En concreto, el sistema de cooperación jurídica internacional es definido como un mecanismo que proporciona herramientas en el terreno de la investigación criminal. En la última década, la comunidad internacional aplicó diferentes estrategias para el desarrollo de métodos y sistemas que superaron su campo de acción inicial, cuyos alcances eran puntuales y que suponían un plano instrumental para invocar reciprocidad.

En este contexto, resulta importante destacar que se han creado organismos en el ámbito internacional. Tal es el caso del Grupo de Acción Financiera Internacional<sup>3</sup> que tiene como objetivo establecer estándares y promover la efectiva implementación de políticas y medidas para prevenir y combatir el lavado de dinero, el financiamiento del terrorismo y la proliferación de armas de destrucción masiva a través de una serie de recomendaciones en la materia universalmente reconocidas.

En la actualidad observamos que el sistema de cooperación internacional, sumado a las iniciativas de los organismos internacionales<sup>4</sup>, ligados a la investigación criminal de conductas transnacionales, ha logrado caracterizarse por su nivel de autonomía y sistematización, en numerosos tratados y convenios internacionales<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Entidad a la que la República Argentina pertenece desde el año 2000.

<sup>4</sup> María Tato Rodríguez y José Caamaño Alegre, (disertaciones, VIII Congreso Internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, Santiago de Compostela, 8 y 9 de julio de 2021). Cada uno ha descrito regulaciones supranacionales y propias de España, donde puede observarse un circuito importante para la cooperación y asistencia para la investigación y adquisición de información en cuestiones de lavado de dinero y delitos precedentes.

<sup>5</sup> Se puede destacar que, en el marco del sistema multilateral, Argentina ha aprobado mediante la ley 25.632 la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Palermo 2000) a partir de la cual se acuerdan mecanismos de

Si nos remontamos a los orígenes de la cooperación internacional en materia de investigación penal, observamos que, en sus primeros pasos, los países solamente realizaban requerimientos de extradición que giraban en torno a un único interés: la extradición de personas humanas en miras a sujetarlas a un proceso tramitado bajo su propia jurisdicción.

En tal dirección, con el correr de los años, y luego de identificar a los ilícitos –en la mayoría de los casos cuando su impacto era sobre el orden económico– como transnacionales, se fue gestando un ámbito interjurisdiccional que, especialmente en materia penal, requirió respuestas y reacciones concretas por parte de los Estados, a fin de satisfacer las necesidades nacientes producto de los intereses procesales de una nueva forma de investigar, que trasciende al sistema procesal y penal doméstico.

El factor de reciprocidad, en el inicio del proceso de integración de intereses jurídicos y jurisdiccionales en el marco de la profundización de las investigaciones, como las de lavado de dinero, solo se alentaban en aquellos países integrados al sistema global y, por lo contrario, aquellos países desinteresados en el concierto internacional se mantenían equidistantes en la reciprocidad o la cooperación a nivel global, por momentos rayana en la indiferencia y/o desaprensión, cuestión que se supone superada a nivel en la mayoría de los países en vías de desarrollo o desarrollados. Es el caso que enunciamos cuando nos referimos a las ventajas comparativas que buscan las organizaciones criminales, cuando logran transferir sus fondos, por ejemplo a un paraíso fiscal, como paso previo de lograr un destino final en una organización económica y financiera, con rasgos de una alta matriz de prevención, y que generalmente tratan de impedir en sus países la mezcla en el mercado de dinero sucio u oscuro, frente al mercado de capitales que circula en sus diferentes niveles, y gozan de licitud de origen.

En esta primera parte, trataré de abordar –a manera de introducción– cuál puede ser la relevancia en la cooperación internacional cuando las conductas de las personas humanas y/o jurídicas guardan relación con el ilícito de “blanqueo de dinero” y cómo puede accederse a la asistencia en ese caso.

Entre otras cosas y para poder investigar en cada jurisdicción los ilícitos precedentes que se generaron como anteriores al ilícito de blanqueo de dinero, debemos distinguir en primer lugar dos planos diferentes, respecto al origen de la asistencia y cooperación internacional, la cual puede ser mediante:

- colaboración policial Internacional, y/o
- cooperación y asistencia judicial directa.

cooperación y herramientas para el recupero de bienes y otros beneficios producto del delito. A su vez, ha aprobado la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción - Ley 26.097-6, el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo - Ley 26.024-. Por su parte, en el ámbito regional, ha sancionado la Convención Interamericana contra el Terrorismo, incorporada a través de la ley 26.023, y la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por la ley 24.759.

## II. Colaboración policial internacional

La cooperación policial resulta ser relevante, fundamentalmente desde el enfoque que se tiene entre las agencias pares en el mundo, impulsándose principalmente para generar una "matriz de riesgo", no solamente en el plano interno de un país con la agencia de jurisdicción nacional, sino a escala internacional con los organismos similares.

La principal diferencia con la cooperación y asistencia judicial es que aquella se ejerce en cada país con jurisdicción plena, considerando factores que hacen al derecho de defensa en juicio y al debido proceso de cada sistema penal nacional. Es decir que, la cooperación policial, en su esencia, mantiene sus características en la prevención, mientras que la judicial resultaría de una mirada interpretativa y, por excepción, veremos que es cautelar cuando se encuentre en curso una investigación, para prevenir burlas a medidas procesales de aseguramiento del patrimonio de los imputados que se encuentran relacionados a una tramitación, y evitando el encubrimiento e impulsando la localización en terceros países de personas humanas relacionadas a ilícitos en el orden económico.

Siendo así, para aplicar esta vía entre jurisdicciones judiciales de diferentes países, las cuales podrían ser bilaterales o multilaterales, o inclusive involucrar organismos internacionales, corresponde exigir diversos requisitos apropiados, a fin de no desvirtuar constitucionalmente los procesos de competencia y jurisdicción local<sup>6</sup>.

Cabe agregar, y luego será motivo de desarrollo, que la actividad jurisdiccional de un juez o un fiscal en la Argentina, en el caso de cooperación internacional de otras jurisdicciones internacionales, no podría efectuarse sin antes cumplirse dos pasos necesarios.

<sup>6</sup> En el caso de la Argentina en noviembre del año 2019 se creó la "Unidad 24/7 de Delitos Informáticos y Evidencia Digital" (ver resolución del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos 1219/2019 publicada en el B.O. 26/11/2019). Su función principal es constituirse como punto de enlace en materia de Cooperación y Asistencia para Ciberdelitos.

El primero resulta de la política criminal que se plasma en las leyes, las cuales pueden ser originadas por impulso genuino e interno de cada país, por iniciativa de sus legisladores, o por recomendaciones de organismos internacionales, que luego se transformarán en debate parlamentario en el país.

La segunda, en cambio, es la interpretación que se genera desde el sistema judicial a través del juez, de oficio o mediante pedido del Ministerio Público Fiscal. Recordemos que el sistema de asistencia judicial internacional, si bien es difuso y corresponde a cada juez reclamar la diligencia a sus pares en el exterior, indica que debe refrendarse por cancillería el pedido internacional. Por lo que es ineludible la intervención del Ministerio de Relaciones Internacionales, según las reglas del sistema jurídico nacional.

Mientras que la cooperación policial se erige más flexible entre las agencias policiales de cada país, y estas a su vez pueden llegar a convertirse mediante impulso del Ministerio Público Fiscal (según la organización de cada Estado), en una investigación judicial, su objetivo y fines indiciarios, resultan altamente relevantes a la hora de mantener información, para luego generar una matriz de riesgo propia en cada organización institucional de los Estados. Es decir que, la cooperación policial posibilita a cada Estado a prevenir infinidad de conductas de alto impacto en el orden económico, en donde hoy en día suele presentarse también en el "blanqueo de capitales", como lesivo al orden económico.

En este estadio –al menos en la Argentina– su valor indiciario se presenta como antesala de la creación de un plexo probatorio judicial posterior, el cual deberá ser autosuficiente con relación a la investigación judicial que se tramita en el sistema procesal penal<sup>7</sup>.

Por ejemplo, puede tomarse como punto de partida para el análisis del presente trabajo, un caso en donde, en el marco de una investigación penal, la Policía de Seguridad Aeroportuaria (en adelante P.S.A., agencia de tinte policial) –cuya función se desarrolla con jurisdicción en zona primaria aduanera (aeropuertos, puertos, etc.)–, intercepta antes de salir de Argentina a una persona con 250 gr. de estupefacientes en su maleta de mano con destino a la ciudad de New York, siendo la droga de alta pureza. Como consecuencia de ello, al consultar sobre el evento al magistrado de turno, aquél ordena su detención, el secuestro de la documentación y los dispositivos que lleva consigo. Posteriormente se llega a la toma de conocimiento del contenido de dichos dispositivos, pudiéndose determinar –debido a una gran cantidad de archivos de su teléfono– en la evidencia digital, que la persona que fuera detenida, simplemente por intentar egresar de la Argentina en un vuelo a EE. UU. Llevando estupefacientes mediante la burla al control aduanero, se encuentra relacionada con los alcances propios para la tentativa de contrabando de exportación de estupefacientes<sup>8</sup>.

Además, entre esa evidencia digital, se toma conocimiento de hechos, que por el momento no se relacionarían directamente a esa conducta inicial, pero que a la P.S.A. (de otras investigaciones y/o procedimientos llevados a cabo) le recuerda nombres, direcciones, y demás elementos sospechosos familiares, que se relacionarían con personas ajenas a los hechos investigados (gracias a sus bases de datos propios o en consulta con otras agencias policiales y no policiales).

En nuestro caso concreto, la agencia auxiliar o de prevención, deberá seguir asistiendo al juzgado, concretamente en la causa por tentativa de exportación, con un único responsable, y sin

<sup>7</sup> El párrafo hace referencia al sistema Procesal Penal, con gravitación en la Justicia Federal y de la Nación. En lo que respecta a la normativa aplicable a conductas relacionadas en materia de lavado de dinero, y teniendo en cuenta la precedencia de los delitos configurados (ejemplo, evasión impositiva, contrabando, etc.), ocupa al Fuero Penal Económico de la Nación en la C.A.B.A., y a la Justicia Federal con asiento en cada provincia de la Argentina.

<sup>8</sup> Para el alcance de la conducta descrita resulta de aplicación las reglas del Código Aduanero (ley 22415), en las figuras del art. 871 y 872, en concurso con el art. 866 y concordantes, del mismo cuerpo legal, y la aplicación de los principios de la autoría para el Código Penal Argentino, concurriendo el Código Procesal Penal a nivel Federal.

otros elementos para esa causa, pero podrá ingresar a sus bases de datos, aquella información que se conectaría a otras labores policiales anteriores o en curso, por sospechas ajenas al procedimiento que tuvo lugar por las conductas en trato, que fueran judicializadas mediante consulta al Juez de Instrucción Penal.

En sintonía al mismo caso, pero como un sub-ejemplo. En el teléfono intervenido se encuentran conversaciones con una persona que la Policía Federal (P.F.A., otra agencia policial argentina) sospecha que su principal actividad es el cambio de divisas en forma marginal, el cual resulta proveniente del narcotráfico, y que además existe un seguimiento por P.F.A., en tramos que podrían relacionarse con el blanqueo de capitales a nivel Internacional. Entonces esta información que no formará parte de la investigación propuesta por la P.S.A., ¿podrá incorporarse a la base de datos de otras fuerzas de seguridad, y/o a la misma P.S.A. para determinar nuevos terceros involucrados en la maniobra detectada en el aeropuerto argentino?

Estimamos que sí, mientras que solamente sean nuevos elementos –en principio– aislados que prescindan de constituirse como suficientes para imputar la autoría a nuevos integrantes y/o partícipes, sin una profundización policial mediando sus facultades propias. Ahora bien, la agencia policial que integra sus bases de datos con estos nuevos elementos ¿podrá constituir la base de solicitudes de colaboración policial a nivel internacional, por parte de otras agencias policiales en el mundo?

Nuevamente se estima que sí, mientras exista asistencia y cooperación policial, para luego ser aplicada a una investigación abierta o para iniciar y/o afianzar policialmente una hipótesis que será motivo de una denuncia o prevención en la Justicia<sup>9</sup>.

Siguiendo con la naturaleza de la cooperación policial y sus alcances, cuando aquella información se activa en el plexo probatorio de una tramitación penal ya iniciada, la carga de la prueba –al menos en la Argentina– mantiene un valor indiciario, como antesala de la creación de un plexo de presunciones judiciales, proporcionado por la asistencia policial. Ello supone idéntico impacto, cuando se trata de sistemas procesales y penales de otros países, salvo que aquellos sean más flexibles y/o constitucionalmente no degraden su sistema de respeto a derechos individuales/colectivos en torno a un proceso judicial.

Por ejemplo, podríamos utilizar un caso en concreto para entender este límite entre la cooperación policial y una tramitación judicial, acudiendo a la información que la Unidad de Investigación Financiera (en adelante U.I.F.) puede proporcionar a una investigación judicial o cargo del Ministerio Público Fiscal en la Argentina<sup>10</sup>. Asimismo, sabemos que la U.I.F. se nutre principalmente de los llamados Reportes de Operaciones Sospechosas (en adelante R.O.S.) que se van cargando a su base de datos, los diferentes organismos gubernamentales y los terceros obligados cuando una operación nacional y/o con alcances en otros países adquiera la relevancia de ser sospechosa.

La U.I.F. desde cada sede en el país donde esté asentada, mantiene vínculos con sus pares

en cada rincón del mundo, a fin de generar la trazabilidad en los casos de flujo de dinero por operaciones internacionales. Por ejemplo, en la importación/exportación de bienes y servicios, cuando en apariencia pudieran ser sospechosos de enmascarar delitos precedentes.

En este supuesto, y bajo la apariencia de un flujo lícito, por información fundamentada o consultas realizadas a otras U.I.F. de diferentes países, la sede en Argentina estará altamente informada del flujo de dinero y trazabilidad de aquél, en materia de comercio exterior cuando se tratare de una persona jurídica y/o humana anoticiada.

Esta información puede ser requerida por el Ministerio Público Fiscal o directamente por el Juzgado de Instrucción en la Argentina, pero no constituye prueba directa para conformar un plexo probatorio que legitime una acusación penal<sup>11</sup>.

Existe por ello una restricción, como límite a medidas invasivas que deben ser dispuestas en el ámbito de la actuación de la justicia. La información que surja a través de agencias policiales no solamente será aquella que se ha producido en el contexto de su actividad, sino también se sumará la que posibilite establecer los parámetros, asignando las sospechas, sobre las conductas de las personas y sus fines, cuando las agencias investigativas, también proporcionen su labor a sus pares.

En cuanto a esta última afirmación, ello ocurre en los momentos procesales que se cruza información entre investigaciones, para que fueran aplicadas a hipótesis abiertas, seguimientos de datos e información que se podría presentar en una causa ya judicializada, en donde alguno de los responsables se haya arrepentido y quizás no resulte útil estrictamente su declaración a los fines de esa tramitación.

En este último caso, la agencia policial que habría actuado en esa causa judicial podrá profundizar sus indicios. De esta forma, podrá avanzar sin que esté en relación con el objeto de la investigación anterior y lo hará saber al juez que tuvo a su cargo el desarrollo de ese proceso penal. Caso contrario, y de no guardar conexidad, la agencia policial respectiva, por facultades propias avanzará en la adquisición de una nueva hipótesis sobre la base de conductas de terceros o en líneas de investigación que aún no han sido judicializadas. Recordemos que una de las máximas aplicadas a una investigación judicial se erige sobre la recomendación de no descartar ninguna hipótesis jurisdiccional sin que se haya valorado su incidencia, más aún en los delitos de lavado de dinero. Aquello, sin perjuicio de que existen los parámetros de auto-restricción en el uso directo elevados por informes de inteligencia, por lo que no pueden ser prueba directa para determinar un índice suficiente en el grado de sospecha de quien se encuentra sospechado en una investigación judicial. Es decir, no son suficientes los informes o elementos suministrados por la U.I.F. u otros despachos de investigación policial, si luego el juez no adquiere elementos de valoración que confirmen la hipótesis del organismo o meramente su información cruda.

Otro supuesto que puede ocurrir también es en el caso que el Ministerio Público Fiscal comience a investigar preliminarmente mediante información suministrada por un Departamento

<sup>9</sup> Respecto a los parámetros en la Cooperación Internacional, es dable destacar que cuando se trate de asistencia entre agencias de otros países de fuerzas policiales, deberá existir institucionalidad plena en la organización y el funcionamiento de las agencias, sin que haya oscuridad y/o sospechas de una autonomía inapropiada, por ejemplo, para que las autoridades políticas de turno se sirvan de esa información para afianzar un sistema autoritario del ejercicio de su gobierno, mediante una persecución mediática.

<sup>10</sup> En el menú de aquellas Convenciones Internacionales relevantes desde donde la U.I.F. articula sus objetivos como agencia auxiliar de la Justicia en Argentina, encontramos: 1. Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Convención de Viena); 2. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo); 3. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Convención de Mérida); 4. Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (Convención CFT); 5. Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (Convención OCDE sobre soborno transnacional); 6. Convención Interamericana contra el Terrorismo; 7. Resolución UIF N° 1267 (1999) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas; 8. Resolución UIF N° 1373 (2001) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Para mayor información acceder al siguiente enlace: <https://www.argentina.gob.ar/uif/normativa/tratado>.

<sup>11</sup> Debemos recordar que la experiencia argentina respecto de la información de inteligencia fiscal y financiera, proporcionada por la U.I.F., gracias a la colaboración internacional de otras agencias mundiales, ha transitado por momentos extremadamente delicados, cuando por convicción u error Judicial, la información suministrada a la Justicia pasaba a ser incorporada automáticamente como única prueba de los hechos y solamente la información dada a conocer, era con lo que se contaba para imputar un hecho a una persona humana y/o jurídica. Recordemos también los diversos organismos dedicados a la recaudación impositiva o a los movimientos bancarios y financieros, están limitados a dar información, bajo las reglas protegidos por el Secreto, Bursátil, bancario y tributario. Conforme a la Constitución Argentina, modificada en 1994, el Ministerio Público Fiscal goza de plena independencia de los poderes del Estado, con autonomía autárquica, y su incidencia como director de la investigación, cuando fuera delegada por el Juez de Instrucción, o cuando mantiene el impulso de la acción conforme a las reglas de control de legitimidad de los actos procesales en una tramitación penal. También podrá iniciar el Fiscal en mérito a sus facultades propias y en el marco de su independencia judicial, actuaciones preliminares (llamadas I.P.) con el fin de obtener consistencia en una hipótesis policial y/o investigativa en una causa que fuera iniciada y mantenida por el Juez de Instrucción. Por el contrario. Si el Fiscal observa que la hipótesis en danza no resulta relevante o no se llegará al mínimo del estándar requerido para iniciar una denuncia penal, podrá –bajo las reglas de oportunidad y disposición de la acción– cerrar su actuación sin necesidad de judicializarla en el fuero respectivo.

u Organismo de otro país en función del art. 24 de la ley 27.148 (ley orgánica del Ministerio Público Fiscal). Más en concreto, en el caso de que dicho organismo tenga conocimiento de información para poder llegar a desbaratar una organización que se dedica en su país a la recepción y distribución de droga, proveniente de Argentina vía aérea, y que en un caso particular se haya procedido a la detención de una persona en función del inicio de una investigación judicial en alguna parte de ese país.

En la detención del integrante de la organización se obtienen pruebas que se refieren a la relación existente entre el pago desde ese país a la Argentina por el envío de droga en bajas cantidades, y a destinatarios inexistentes, luego de acopiarla, y fragmentarla para su distribución y venta en el país. En la actualidad esta modalidad en Argentina se da por el sistema de courier postal.

La novedad –“noticia del crimen”– es remitida desde el organismo policial, de extraña jurisdicción en la Argentina, al Ministerio Público Fiscal. Sobre dicha lógica y en función de la información suministrada por la agencia policial del país receptor de la droga, se inician a cargo del Ministerio Público una actuación preliminar que, como resultado, indica posteriormente cuáles son parte de los responsables en la Argentina. A su vez, el Ministerio Público Fiscal inicia –con las agencias policiales en Argentina– su investigación preliminar tomando a la información –suministrada por las autoridades policiales en el exterior– en la forma de cooperación, que luego se transformará en asistencia internacional, ya que las remesas de dinero recibidas en Argentina luego formarán parte de un proceso de lavado de dinero, el cual resultará ser la llave de la organización en este país, para que aquel producido, proveniente del contrabando de exportación de estupefacientes con destino al país informante pueda oscurecerse y quedar a salvo del sistema financiero e impositivo argentino. Así, se mezclará en el mercado y flujo de dinero legal, a salvo de las autoridades de control, eludiéndose la “matriz de riesgo” operativa para las fuerzas de control y prevención de ilícitos económicos.

En el primer ejemplo hemos invocado a la U.I.F. y, en el segundo, se ha pensado en un caso donde se inicien las sospechas inversamente: en el caso donde la U.I.F. ha detectado una trazabilidad inusual y relevante, entre dos países y mediante la modalidad de importación/exportación de mercadería, entre empresas; en el segundo ejemplo la información se produce a partir de un procedimiento por recepción de droga al descubrir el delito precedente en la exportación/importación de estupefacientes vía postal.

Como corolario de los párrafos precedentes, puede observarse la importancia de la cooperación policial internacional, entre agencias y/o la Justicia, sus límites probatorios, y la integración de información para generar lo que se ha llamado “matriz de riesgo”.

### III. Asistencia judicial directa

Hasta aquí se han analizado ejemplos donde la actividad preliminar, al ser exitosa, desembarca en una tramitación judicial a los fines de profundizar y alcanzar a los responsables de hechos en jurisdicción nacional, sea por actividad de una agencia policial en Argentina mediante “noticias criminales” de agencias internacionales, o por una actuación preliminar efectuada por el Ministerio Público Fiscal.

Sobre esta dinámica, y para la presente parte del trabajo, es conveniente analizar el supuesto en el que la Justicia Federal ya tuviera conocimiento jurisdiccional de los hechos que involucrarían a personas humanas y jurídicas y que, con el fin de avanzar en la investigación, solicitara al país informante cooperación judicial, en caso de que tuviese una tramitación penal abierta por las conductas investigadas en ese Estado.

En dicha dirección y para acceder a la asistencia por cooperación y mediante rogatoria internacional, debemos efectuar una breve reseña de la normativa vigente en la República Argentina con relación al lavado de dinero. De este modo, ubicaremos las herramientas y objetivos propiamente perseguidos por el uso de la cooperación internacional cuando existe en curso una investigación en esa materia.

El primer paso frente a las autoridades Judiciales de otro país, destinatario del pedido de cooperación internacional, pondrá la necesidad de conocer concretamente, los tipos penales en cuestión en forma literal<sup>12</sup>.

El país emisor del requerimiento, puntualmente en el caso argentino, deberá hacer saber a su destinatario la existencia de la llamada simetría penal en el pedido y, a su vez, podrá establecer su prevalencia. Ello cobra relevancia en términos de debido proceso investigativo, a fin de no generar en el país receptor una puesta en riesgo de derechos y garantías constitucionales. La expresión “simetría” usada desde el Derecho, en este caso el penal, hace referencia a la idea de equivalencia de condiciones en las tipificaciones entre los países remitentes y receptores de la colaboración judicial. Por otra parte, la simetría jurídica, nos revela en algunas oportunidades, el grado de evolución en la política legislativa respecto a la tolerancia en el avance expansivo del derecho penal en un estado democrático, especialmente en su costado invasivo<sup>13</sup>.

A fin de poder abordar el tópico con mayor precisión, resulta conveniente que nos refiramos a la República del Ecuador, dado que para el presente trabajo resultaría de interés encontrar si realmente existe hoy en día tal simetría con la Argentina. Como primera aproximación, debe recurrirse al estudio de la legislación común entre ambos países, esto es, a los tratados que hayan firmado mutuamente. Con carácter de bilateral, se firmó la “Declaración conjunta de la presidenta de la República Argentina y del Presidente de la República del Ecuador”<sup>14</sup>. En materia penal, tanto Ecuador como Argentina ratificaron respectivamente la “Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal”<sup>15</sup> y la “Convención Interamericana sobre Extradición”<sup>16</sup>.

Asimismo, en conjunto con otros países, integran la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos<sup>17</sup>, en el marco de la cual han suscripto el “Convenio de Cooperación Interinstitucional entre los Ministerios Públicos y Fiscales Miembros de la Asociación Iberoamericana Ministerios Públicos”<sup>18</sup>. En esta línea, en mayo de 2022, “Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito” produjo la “Guía práctica en materia de Cooperación Internacional para la investigación

<sup>12</sup> Sobre esta posibilidad la Profesora Natalia Pérez Rivas, en oportunidad de disertar en el II y III Master propio Internacional en Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero, Fraude Fiscal y Compliance” y “V y VI Curso de Perfeccionamiento en Prevención y Represión del Blanqueo, Responsabilidad Criminal de Personas Jurídicas y Fraude Fiscal”, consideró que por regla general y en el marco de la U.E. no es requisito el detalle de los tipos penales en cuestión en las investigaciones del país requirente.

<sup>13</sup> Ver a Manuel Cancio Meliá, “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 8 (2007), con algunas modificaciones, del trabajo Michael Pawlik y Rainer Zaczky, “Zum Unrecht der kriminellen Vereinigung: Gefahr und Bedeutung”, en *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26 (Köln: Carl Heymanns, 2007)*, 27-52. En referencia a ello, y por lo que se ha definido en la discusión académica como expansión del Derecho Penal y su límite respecto a un posible Derecho Penal del Enemigo, Günther Jakobs se ha referido a las que se consignan como “Normas Flanqueantes”. Digamos, aquellos tipos penales que adelantan y suponen su principio de ejecución en un plan criminal. Bajo estos razonamientos, se analiza la punibilidad y el alcance fragmentario del Derecho Penal, y su puesta en crisis como “Última Razón”.

<sup>14</sup> Ecuador y Argentina, *Declaración conjunta de la presidenta de la República Argentina y del Presidente de la República del Ecuador*, 21 de abril de 2019.

<sup>15</sup> OEA Asamblea General, *Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal*, 23 de mayo de 1992.

<sup>16</sup> OEA Asamblea General, *Convención Interamericana sobre Extradición*, 25 de febrero de 1981.

<sup>17</sup> Integrada por los países Andorra, Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, España, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana, Uruguay, Venezuela.

<sup>18</sup> Grupo de Trabajo Cooperación Penal Internacional AIAMP, *Convenio de Cooperación Interinstitucional entre los Ministerios Públicos y Fiscales Miembros de la Asociación Iberoamericana Ministerios Públicos* (República Dominicana: AIAMP, 2018), <https://www.mpf.gob.ar/cooperacionjuridica/files/2019/11/Gu%C3%ADa-de-Uso-del-Acuerdo-de-Cooperaci%C3%B3n-Interinstitucional-entre-los-Ministerios-P%C3%BAblicos-y-Fiscales-Miembros-de-la-AIAMP.pdf> y también véase su protocolización en el siguiente enlace: <https://www.mpf.gob.ar/resoluciones/pgn/2018/PGN-0106-2018-001.pdf>.

de casos de corrupción en Sudamérica y México", en la que estableció entre los signantes la incorporación de Ecuador y la Argentina<sup>19</sup>.

Ahora bien, en materia de lavado de dinero, la República del Ecuador sistematizó su actividad de prevención en cabeza del sujeto obligado, que será la junta general de accionistas y/o de socios de la compañía o, el órgano administrativo estatuario competente. Este, deberá ajustarse a las obligaciones establecidas por las "Normas de prevención de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y otros delitos", dictadas por aquel país<sup>20</sup>.

Frente a la detección de posibles casos de lavado de dinero en el Ecuador, debería reaccionar así el sistema preventivo sistematizado en una matriz de riesgo, permitiendo la trazabilidad apropiada para descubrir la consumación o tentativa de la maniobra.

El sistema ecuatoriano da marco a la Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFFE) que colaborará con la Fiscalía y los órganos jurisdiccionales competentes. Su intervención está regulada a partir del requerimiento de los anteriores órganos, los cuales deberán acompañar toda la información necesaria para que estos organismos valoren si existe procedencia en el inicio de la investigación judicial. En Argentina es llamado mérito suficiente para judicializar una denuncia penal y, por el orden natural de la investigación criminal, es necesario que exista probabilidad para un procesamiento, y el desarrollo de las conductas que se relacionen con el juzgamiento de los ilícitos de lavado de dinero<sup>21</sup>.

La Unidad de Análisis Financiero y Económico (UAFFE), mantiene bajo reserva la información sobre operaciones o transacciones económicas inusuales e injustificadas. Pertenece a la órbita propia de sus funciones y está estructurada con especialistas en la materia para procesarlas, analizarlas y, de ser el caso, remitir un reporte a la Fiscalía General del Estado con carácter reservado. Ello en los casos de recepción de información. Pero también está autorizada a recabar información para efectuar la función de trazabilidad y cumplir la misión de generar una matriz de riesgo suficiente, para conjurar casos de lavado de dinero.

Finalmente, para el Ecuador la "Ley prevención de lavado de activos y del financiamiento de delitos"<sup>22</sup> encuentra materia, jurisdicción y competencia con relación a normas que hacen el lavado de dinero.

Vale aclarar que en su momento dediqué mi análisis basado en la reciprocidad que la Argentina y España se merecen mutuamente, cuando se trata de analizar la asistencia y la cooperación internacional. Ello formó parte de la ponencia parte del congreso organizado en Santiago de Compostela de aquel país, siendo más didáctico poder desarrollar este tema<sup>23</sup>. Si bien este

<sup>19</sup> Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Guía Práctica en materia de Cooperación Internacional para la Investigación de Casos de Corrupción en Sudamérica y México* (Viena: UNODC, 2022), [https://www.unodc.org/documents/ft-uncac/Guide\\_-\\_International\\_Cooperation\\_SPA.pdf](https://www.unodc.org/documents/ft-uncac/Guide_-_International_Cooperation_SPA.pdf).

<sup>20</sup> Las Normas de Prevención de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y otros delitos en sus regulaciones: "Art. 32.- Le corresponde a la junta general de accionistas y/o de socios de la compañía que es sujeto obligado o al órgano administrativo estatuario competente, cumplir las siguientes responsabilidades: 32.1 Emitir las políticas generales para prevenir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y otros delitos. 32.2 Aprobar el Manual de Prevención de Lavado de Activos y del Financiamiento de Delitos, así como sus actualizaciones, en caso de haberlas. 32.3 Designar y remover de sus funciones al oficial de cumplimiento, quien deberá tener el perfil, cumplir con los requisitos exigidos y no encontrarse incurso en las prohibiciones para ocupar el cargo. 32.4 Conocer y aprobar, hasta el 31 de enero de cada año, el plan de trabajo del año en curso y el informe del año que concluye, elaborados por el oficial de cumplimiento. 32.5 Conocer y aprobar el informe de cumplimiento emitido por el auditor externo, dentro del primer trimestre de cada año, de ser el caso". Ecuador, *Normas de Prevención de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y otros delitos*, Registro Oficial 96, Suplemento, 9 de diciembre 2019, art. 32.

<sup>21</sup> Ecuador, *Ley Orgánica De Prevención, Detección Y Erradicación Del Delito De Lavado De Activos Y Del Financiamiento De Delitos*, Registro Oficial 802, Suplemento, 21 de julio de 2016.

<sup>22</sup> Ecuador, *Ley Orgánica De Prevención, Detección Y Erradicación Del Delito De Lavado De Activos Y Del Financiamiento De Delito*.

<sup>23</sup> República Argentina y el Reino de España, *Ley N° 23.708, Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal entre la República Argentina y el Reino de España*, 13 de septiembre de 1989.

trabajo está enfocado a la reciprocidad entre Argentina/Ecuador, la equidistancia podría servir de utilidad cuando puntualmente estos dos países invocan esta bilateralidad.

Veamos, el sistema penal argentino deberá hacer conocer a España que art. 303 del Código Penal dispone, típicamente cuáles son sus alcances. Aquí no es necesario transmitir al destinatario ninguna interpretación judicial respecto al alcance de la investigación, sino poner en conocimiento sobre qué tipos penales se está solicitando la cooperación internacional, como ya se expresó. Ello permitirá a las autoridades españolas interpretar si las reglas de cooperación vigentes entre ambos países deberán cumplirse en los términos suscriptos por los signatarios en materia de reciprocidad.

Por lo demás, esta bilateralidad, se encuentra comprendida en estas últimas décadas en convenios y tratados internacionales, que principalmente surgen de los países agrupados en organismos internacionales y, por ello, tanto la cooperación como la asistencia concreta, en muchas oportunidades, requiere de la intervención de varios actores (países signatarios) para producir resultados puntuales en lo que generalmente se requiere para cuestiones de índole de ilícitos transnacionales.

## IV. Ulteriores consideraciones

En el caso argentino prevalece frente a un requerimiento de cooperación internacional en el ámbito de una investigación penal de lavado de dinero que sea un juez nacional o federal, sin que ello se pueda interpretar como un desmérito al rol del Ministerio Público Fiscal, siempre que por materia y jurisdicción se entiende que el rol del juez, como órgano directo y originario, es quien interpretará finalmente los alcances de la necesidades de la medida internacional, si es que previamente el Fiscal no lo haya solicitado en la instancia correspondiente. Ello no implica que el Ministerio Público Fiscal tenga otros mecanismos propios de colaboración, siendo que su autonomía es constitucional.

En una tramitación penal, el fiscal podrá nutrirse de colaboración policial, de asistencia y cooperación internacional, con otros fiscales en el mundo, o asimismo con las agencias policiales aglutinadas en organismos internacionales, o agregadas en las diferentes embajadas de países en la argentina. Más aún, cuando el Ministerio Público Fiscal solicita al juez nacional o federal, exhorte un requerimiento internacional a otro juez (digamos, en este caso, español), quien podría ya haber efectuado inclusive investigaciones preliminares (I.P.) a fin de avalar la trascendencia del pedido al juez argentino.

En líneas generales, el juez a cargo del Juzgado Nacional o Federal suscribe desde la República Argentina el pedido de cooperación y asistencia, a las autoridades Judiciales que correspondan en España, y con jurisdicción específica en una ciudad, y/o autonomía, su exhorto conteniendo el pedido de cooperación.

En dicha inteligencia y en el marco del tratado vigente, a modo de claridad, en los alcances que deben ser tenidos en cuenta por el requirente a fin de evaluar si corresponde hacer lugar a la asistencia solicitada, debe considerarse que:

ARTÍCULO 29 La asistencia judicial podrá ser rehusada: a) Si la solicitud se refiere a delitos políticos o conexos con delitos de este tipo, a juicio de la Parte requerida. A estos efectos será de aplicación lo prescripto en el 77 párrafo 1 del artículo 5º. b) Si la solicitud se refiere a delitos estrictamente militares.

ARTÍCULO 30 1. -- La solicitud de asistencia revestirá la forma de carta o comisión rogatoria. 2. -- El cumplimiento de una solicitud de asistencia se llevará a cabo conforme a la legislación de la Parte requerida y se limitará a las diligencias expresamente solicitadas. 3. -- Cuando una solicitud de asistencia no pudiese ser cumplida, la Parte requerida la devolverá con explicación de la causa.

ARTICULO 31 Si la Parte requirente lo solicita expresamente será informada de la fecha y lugar de cumplimiento de la comisión rogatoria.

ARTICULO 32 La Parte requerida cumplimentará las comisiones rogatorias relativas a un procedimiento penal emanadas de las autoridades judiciales o del Ministerio Público de la Parte requirente y que tengan por objeto actos de instrucción o actos de comunicación.<sup>24</sup>

Por otra parte, en materia penal y si el juez requerido mantiene una investigación donde existiese elementos adquiridos e integrados en su plexo probatorio a saber:

ARTICULO 33 1. -- Si la Comisión rogatoria tiene por objeto la transmisión de expedientes, elementos de prueba y, en general, cualquier clase de documento, la Parte requerida podrá entregar solamente copias o fotocopias autenticadas, salvo si la Parte requirente pide expresamente los originales. 2. -- La Parte requerida podrá negarse al envío de objetos, expedientes o documentos originales que le hayan sido solicitados si su legislación no lo permitiera o si le son necesarios en un procedimiento penal en curso. 3. -- Los objetos o documentos que hayan sido enviados en cumplimiento de una comisión rogatoria serán devueltos lo antes posible, a menos que la Parte requerida renuncie a ello.

ARTICULO 34 1. -- Si la solicitud tuviere por finalidad la entrega de objetos o documentos, la Parte requerida procederá a la entrega de los objetos o documentos que le sean enviados a dicho fin por la Parte requirente. 2. -- La entrega será realizada en alguna de las formas previstas por la Legislación de la Parte requerida, y se acreditará mediante recibo fechado y firmado por el destinatario o mediante certificación de la autoridad competente que acredite la diligencia. Uno u otro de estos documentos serán enviados a la Parte requirente y, si la entrega no ha podido realizarse se harán constar las causas. 3. -- Si la solicitud tuviere por objeto la notificación de una decisión judicial, la notificación se efectuará en la forma que prevea la legislación procesal de la Parte requerida.<sup>25</sup>

También se prevé diferentes formas de comparecencia. Asimismo, cabe destacar que el tratado contempla otras restricciones al deber de informar sobre la asistencia requerida.

## V. El ejemplo de España

A fin de hacer aún más ágil el desarrollo de estas reflexiones, pensemos en un caso concreto en donde en la Argentina se esté investigando el lavado de dinero, y que lleguen noticias –en esa tramitación– de que en el Reino de España se encuentra abierta una investigación por evasión tributaria por hechos que lesionaron el control de los funcionarios, a fin de vulnerar a la Hacienda Pública de su Tesoro Español.

Como primera aproximación, debe tenerse en cuenta los alcances del marco en el Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal, entre la República Argentina y el Reino de España suscrito en Buenos Aires el 3 de marzo de 1987 (aprobado por ley N° 23.708). Esta es la primera herramienta que tiene la Argentina en forma bilateral y, por lo general, se invoca este tratado para iniciar el proceso de certificación en el país destinatario del requerimiento.

Si bien, la acepción de "certificación" jurídica es una herramienta ligada a la adquisición del conocimiento en el ámbito procesal –más cuando se trata de una tramitación penal que requiere cooperación internacional–, debemos internalizar que ese acto procesal será la base para que adquiramos nuevos elementos de valoración, y poder integrarlos progresivamente al proceso judicial. Pero, para ello, debemos precisar concretamente al requerido con un léxico claro y conciso. En muchos casos, los destinatarios mantienen otro idioma al nuestro, y si así fuera, como en el caso del Reino de España, por tener muchas autonomías en su división geopolítica, a su vez ellos tendrán que hacer una segunda operación de traducción a su lengua. En el caso argentino solamente es válida la traducción que se incorpora a la rogatoria, si pertenece a un perito traductor que se encuentra en los listados del Poder Judicial. No resulta ser válida la incorporación de una contestación o emisión de una rogatoria, por más que el Juez maneje perfectamente el idioma.

<sup>24</sup> República Argentina y el Reino de España, Ley N° 23.708, Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal entre la República Argentina y el Reino de España.

<sup>25</sup> República Argentina y el Reino de España, Ley N° 23.708, Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal entre la República Argentina y el Reino de España.

La certificación apunta principalmente a determinar el objeto de la investigación que lleva adelante el receptor de la colaboración. De allí la importancia, de proveer y explicitar sobre cuáles son los tipos penales, que estamos aplicando en el desarrollo de nuestra investigación, transcribiéndose literalmente ello. El objeto procesal se encontrará definido y expresado en la investigación de las causas que se siguen en el país que se exhorta a cooperar. En muchos casos, aquellas ya no se encuentran abiertas, pero la información en la certificación resulta vital para que podamos interpretar luego, si el país emisor lleva adelante un objeto procesal que ya fue definido en el país receptor. Las consecuencias podrían impactar parcial o totalmente en el país emisor, teniendo en consideración la prohibición de doble juzgamiento de un mismo hecho.

Lógicamente la jurisprudencia y doctrina del país emisor, en cuanto a la identidad parcial o total en materia de hechos y objeto de ambas investigaciones, no necesariamente podría llegar a coincidir con el país de colaboración, ello sin perjuicio de las máximas internacionales aceptadas pacíficamente en el plano de las leyes refrendadas por las normas locales, cuestión esta que adelanta su importancia, en tanto que el juez exhortante como el receptor estén en jurisdicciones que se encuentren integrando organismos internacionales o adherentes a aquellos.

## VI. Análisis del caso

Prácticamente –hoy en día–, cuando estamos frente al objeto procesal de una investigación de lavado de dinero con delitos precedentes en la vulneración a la hacienda pública pueden concurrir conductas y hechos de muchas personas, tanto de existencia real, como ideal, con independencia de la legislación de cada país. Es decir que, es posible prescindir que la responsabilidad de las personas jurídicas sea reconocida en ambos países en términos penales.

Así, si existe una diferencia en la legislación de cada país, en relación con la punibilidad o no de las personas jurídicas, ello no constituye una traba para el intercambio de información. Este tópico se ha discutido intensamente a nivel global y, en función de las recomendaciones de organismos internacionales en materia de investigación, prevención y colaboración, ha posibilitado a los Estados –en su gran mayoría– profundizar la legislación al respecto. Cabe destacar que justamente el aporte de la colaboración internacional consiste en profundizar y agilizar el acceso a la información relevante que reviste cada empresa participe en los delitos investigados en una tramitación por lavado de dinero.

Asimismo, podría suceder que esa información no esté contenida en una investigación propia del juez receptor y, entonces, la rogatoria de asistencia debiera dirigirse a los protocolos de *compliance*, que se habrían aplicado administrativamente por la persona jurídica para conjurar y prevenir conductas ilícitas bajo la práctica –obligada o sugerida– del sistema referido.

Ahora bien, así como se ha destacado la importancia de la empresa en los hechos de lavado de dinero y sus ilícitos en el terreno del delito precedente en otros países, también cabe aclarar que, en una pequeña cantidad de casos globales, existen hechos generados por la riqueza individual de las personas humanas, que resultan ser personalidades con reconocimiento mundial (deportes, espectáculos etc.).

En ambos casos, el país emisor o el asistente, resultan ser proclives a mantener reciprocidad en la información, la cual es idónea a fin de desentrañar el rol y la entidad en la participación en los hechos que se investigan. El elemento de la reciprocidad entre signatarios, invocantes e invocados en una rogatoria, es factor esencial en el interés que cada país mantiene por la prosecución en una investigación judicial en su jurisdicción, si es genuina y no responde a un mero formato de política global internacional. Ello también se comprobará, si el país receptor mantiene restricciones en su información, no por falta de requisitos invocados por el país requirente, o por protección a derechos y garantías constitucionales de las personas humanas

o jurídicas radicadas en su nación, sino porque la información solicitada desenmascarará algún tipo de actividad económica o financiera que directa o indirectamente forma parte del orden económico. Por ejemplo, paraísos fiscales<sup>26</sup>.

Inclusive, sucede que cuando el país emisor se encuentra en una investigación por lavado de dinero, las personas jurídicas que están involucradas en aquellas no siempre guardarán una capacidad económica real a la declarada en su país de origen, y esconden en su manto o velo societario la actividad real o aparente de otras personas jurídicas y/o humanas. En todo caso, debe informarse qué relación mantienen en los hechos para que el país receptor valore si concurren todos los requisitos para certificar e informar al requirente.

Una de las fuentes de información que es relevante para el país emisor en una investigación por lavado de dinero resulta ser el perfil económico que mantiene la empresa o la persona humana en el ámbito tributario y/o financiero del país requerido<sup>27</sup>. Queda claro que cada país mantiene sus propias reglas de secreto fiscal, bursátil y financiero, y que el levantamiento de ellas, con fines de asistencia o cooperación internacional, deberá estar a cargo de un juez para materializarlo. En caso de que el pedido internacional recaiga sobre una persona humana y/o jurídica ya investigada en la jurisdicción receptora de dicha asistencia deberá ser el juez natural de esa investigación el que resulte destinatario de la valoración de la conducencia o no del pedido.

Como se aclaró en los párrafos anteriores, es relevante la simetría en el núcleo típico en el pedido invocado. Muy frecuentemente nos encontramos con casos de asimetría a nivel de infracción versus delitos. Es decir que, en algunos países una conducta constituye delito, mientras que en otros la misma conducta configura una infracción. Uno de los casos en donde estamos acostumbrados al rechazo de la colaboración es en el contrabando.

Pero supongamos que el interés del solicitante se manifieste en una tramitación penal –no infraccional– en el país requerido. En este caso, debe informarse si se dictó alguna resolución, y si la misma se encuentra firme. Ello resulta ser trascendental para el juez requerido, ya que en la información constará los detalles de esa resolución, y el juez podrá valorar si su contestación, no solamente resulta ser conducente, sino oportuna temporalmente.

Por lo general, ello sucede cuando después de largos años de investigación, el país emisor solicita colaboración y demuestra que ha sido judicialmente descuidado en los plazos procesales, o si existen aún diferentes elementos que internamente, y en esa investigación, deberían haberse profundizado antes de liberar colaboración de gran relevancia al país emisor.

Por ejemplo, si de la información suministrada el país requirente solamente ha imputado los hechos a partícipes de la maniobra de lavado de dinero a personas humanas que son testaferreros, o a personas jurídicas "fantasmas", podría afirmarse que ello indicaría al país receptor que la solicitud es prematura, por el momento.

Inversamente, si el país emisor ha mantenido un impulso que no resulta ser fundado y progresivo, con poca carga probatoria, y en consecuencia se encuentra con un pedido llamado "excursión de pesca". En estos casos suele suceder que el país emisor requiere el levantamiento fiscal para empresas o personas humanas que en el país receptor se mantienen libre de sospechas en la información que forma parte de las bases de datos policiales o formales. Digamos que en la

<sup>26</sup> Idem nota 15 del mismo autor quien se dedicó en su obra a esclarecer – desde cuestiones de cooperación internacional – países reticentes a asistir en cuestiones de evidencia digital que se encuentren protegidos por "nubes" de empresas dedicadas justamente a "Blindar" la información o acceder a la toma de contenido de aquella.

<sup>27</sup> En la Argentina la principal fuente de información de base cerrada es la Administración Federal de Ingresos Públicos (A.F.I.P.) que centraliza a la Dirección General Impositiva (D.G.I.) y la Dirección General de Aduanas (D.G.A.) quien tiene la posibilidad tras levantamiento del secreto fiscal y aduanero, de informar al Juez sobre requerimientos basados en el perfil económico y aduanero de sus contribuyentes.

Inspección General de Justicia (registro de personas jurídicas en Argentina) donde desea saber la constitución de una sociedad anónima y la composición de sus integrantes, para luego iniciar una sospecha más firme en su actuación procesal, en mérito a la información internacional.

Explicado ello, y teniendo en cuenta que la colaboración entre agencias policiales es viable según los países signatarios, resultaría conducente llegar a dicha información mediante estas fuentes para que luego, el país emisor pueda incorporar en sustento de su investigación el cuadro de presunciones adecuado que lo lleve localmente a sostener una imputación formal.

Pero supongamos que el pedido a España es viable y que se configura con entidad suficiente la colaboración judicial internacional. El país emisor requerirá digital o en fotocopias certificar los elementos en donde conste la actividad jurisdiccional del juez receptor y, con ello, la incorporación en la tramitación penal de aquellas constancias para poder profundizar –bajo los principios de prudencia procesal– todos los actos procesales que sirvan para un avance en la investigación.

En dicha inteligencia la fórmula conducente del juez emisor y para develar en el país receptor (España) el estado de la causa se informa, por ejemplo: *se hace saber que la presente causa se encuentra en pleno trámite de instrucción, y se investiga la presunta comisión del delito de lavado de activos previsto en los artículos 303 y 304 del Código Penal y resultarían atribuibles a... y todas aquellas personas que de alguna manera hayan manejado o manejen fondos [...].*

Si existe en Argentina un impulso dado por el Ministerio Público Fiscal o el requerimiento internacional es de oficio, emanado de la instrucción, como acto procesal propio, se debe informar que Fiscal ha impulsado el pedido.

Finalmente, se hace saber el motivo por el cual se solicita la requisitoria y donde se centra el interés de la petición, a fin de que el juez receptor interprete la necesidad de comprobar la existencia de un delito tributario etc., que también pudo haber sido perpetuado en el Reino de España, y en donde personas humanas y/o jurídicas podrían en aquel país –también– se podría haber cometido lavado de dinero, como un mecanismo y producto de ese eventual delito tributario.

Formalmente, el requerimiento debe contener el acto procesal transcrito literalmente. Por ejemplo:

Buenos Aires, 6 de noviembre del 2018... librese exhorto internacional a las Autoridades Judiciales que correspondan con jurisdicción en la ciudad de Barcelona, Reino de España, en el marco del "Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal, entre la República Argentina y el Reino de España suscripto en Buenos Aires el 3 de marzo de 1987 (aprobado por ley N°23.708), a efectos de solicitarle que tengan a bien certificar los objetos de investigación de las causas seguidas (abiertas o ya culminadas) contra...y empresas vinculadas a los nombrados, por delitos tributarios, e informe si se dictó alguna resolución y si la misma se encuentra firme y, en su caso, remita fotocopias certificadas de aquella. Hágase saber la autoridad judicial exhortada que la presente causa se encuentra en pleno trámite de instrucción y se investiga la presunta comisión del delito de lavado de activos previsto en los artículos 303 y 304 del Código Penal y resultarían atribuibles a ... y todas aquellas personas que de alguna manera hayan manejado o manejen fondos de la empresa... Póngase en conocimiento que interviene en las actuaciones la fiscalía nacional en lo Penal Económico N°[...], a cargo del Dr. [...]. Asimismo, hágase saber que el motivo por el cual se solicita la requisitoria se centra en la necesidad de comprobar la existencia de un delito tributario perpetuado en el Reino de España, cuyo producto podría haber sido canalizado por la empresa..." mediante la cual se habrían desviado a cuentas off shore, como un mecanismo de lavado del producto de ese eventual delito tributario.

En este sentido, el juez que exhorta a su par a colaborar mediante esta herramienta de rogatoria internacional, concreta claramente los requisitos para que el país receptor cumpla con los alcances internacional invocadas por el juez del país emisor. La suscripción del acto procesal emitido por el solicitante debe estar producido en una tramitación judicial, mediante la firma del titular del decreto y la refrendación de la secretaria de ese Juzgado en la jurisdicción emisora.

En el caso de la Argentina, el cumplimiento de la rogatoria deberá ser diligenciada a través de la Dirección de Asistencia Jurídica Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto. Es decir, que el Poder Judicial, al dictar el pedido de rogatoria y a fin de que dicho acto procesal jurisdiccional tenga respaldo del Estado Nacional, el mismo se pondrá efectivamente en marcha, bajo los alcances e intervención de organismo dependiente del Poder Ejecutivo de la Nación. Para ello y luego de la refrendación del presidente de la Cámara de Apelaciones Respectiva, si el Juez es de Instrucción, por ej. Penal Económico, aquél en su ámbito de superintendencia, refrendará con sello de agua y pedido del juez de instrucción el documento que se enviara al área del Poder Ejecutivo Nacional, para finalmente enviarse al juez de competencia respectivo en el país de España<sup>28</sup>.

En definitiva, se observa que la asistencia y cooperación judicial, resulta ser el canal adecuado para que podamos avanzar en una investigación local y/o con impacto transnacional por un supuesto de ilícitos, como por ejemplo al orden económico.

## VII. Conclusión

En el trabajo se han reflejado los tópicos más relevantes en materia de asistencia policial y la diferencia conceptual que nos debe guiar al analizar algunas características con la cooperación en materia de asistencia jurisdiccional internacional. Así, en el marco de la aplicación de los diferentes tratados internacionales, debe entenderse que el avance de aquellas investigaciones que exceden la jurisdicción y la competencia nacional en la ideación, ejecución y consumación de hechos ilícitos que configuran conductas lesivas al orden económico, requieren de la colaboración internacional. Dicha herramienta propone un ámbito apropiado para que el país emisor y el receptor converjan en la prevención de ilícitos posteriores, así como también nutre la matriz de riesgo entre las diferentes agencias policiales, que institucionalmente están dedicadas a llevar la trazabilidad de los hechos y las conductas que habitualmente se relacionan en el plano global.

Por más de dos décadas, estamos asistiendo a la mutación permanente de conductas lícitas que enmascaran ilícitos precedentes y que impactan directamente en el orden económico de países como Argentina y Ecuador, por ejemplo. De este modo, no solo se degradan las reglas propias de la recaudación impositiva, o el control aduanero, sino que también se afectan los sistemas de salud pública y seguridad.

En este sentido, la participación de organismos internacionales, muchas veces criticados por las presiones e injerencias en la política criminal de los signatarios, resulta ser de gran ayuda. En efecto, posibilita el marco de una política de asistencia y cooperación internacional entre jueces de diferentes países, incentivando el flujo de evidencia digital. Asimismo, el avance tecnológico a nivel policial, al servicio de fuentes de datos cerrados que generan la matriz en el riesgo, posibilita una herramienta eficiente para reconstruir históricamente el camino del crimen.

Por último, la asistencia y cooperación internacional solamente serán efectivas entre los países emisores y receptores cuando haya equivalencia en la capacitación de los operadores judiciales que llevarán adelante los actos procesales. Esta faceta aludida resulta ser relevante a la hora de incorporar a las agencias policiales de cada país la tecnología necesaria y los elementos que resulten de las herramientas apropiadas para obtener una investigación eficaz.

En tal dirección los países del mundo más avanzados deben articular y cooperar para el acceso a nuevas formas de la investigación desde el concepto de investigación internacional, sin mezquindad ni intencionalidades colaterales. Resulta necesario que la comunidad internacional aúne esfuerzos a fin de difundir el uso de estas herramientas de cooperación penal en miras a combatir el crimen, en línea con los compromisos asumidos mediante la adhesión a numerosos tratados internacionales. En efecto, no será posible enfrentar a la delincuencia transnacional sin antes recurrir a la cooperación internacional.

<sup>28</sup> Sobre la base literal del ARTICULO 41, entendemos que: "... 1. -- La solicitud de asistencia será transmitida por la vía diplomática. No obstante, ello, las Partes podrán designar otras autoridades habilitadas para enviar o recibir tales solicitudes. 2. -- Las Partes podrán encomendar a sus cónsules la práctica de diligencias permitidas por la legislación del Estado receptor. ARTICULO 42 1. -- Toda denuncia cursada por una Parte contratante cuyo objeto sea incoar un proceso ante los tribunales de la otra Parte, se transmitirá por las vías previstas en el artículo anterior. 2. -- La Parte requerida notificará a la Parte requirente el curso dado a la denuncia y remitirá en su momento una copia de la decisión dictada. TITULO III Disposiciones finales ARTICULO 43 1. -- No se requerirá legalización de las firmas de las autoridades y funcionarios de las Partes contratantes que obren en los documentos emitidos en aplicación de este tratado. 2. -- Cuando se acompañen copias de documentos deberán presentarse certificadas por autoridad competente. ARTICULO 44 1. -- El presente tratado está sujeto a ratificación. El canje de los instrumentos de 80 ratificación tendrá lugar en la ciudad de Madrid. 2. -- El Tratado entrará en vigor treinta días después de la fecha del canje de los instrumentos de ratificación y seguirá en vigor mientras no sea denunciado por una de las Partes. Sus efectos cesarán seis meses después de la fecha de recepción de la denuncia. 3. -- Al entrar en vigor este tratado, terminará el Tratado del 7 de mayo de 1881, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 5 de este artículo. 4. -- Las extradiciones solicitadas después de la entrada en vigor de este tratado se regirán por sus cláusulas, cualquiera que sea la fecha de comisión del delito. 5. -- Las extradiciones solicitadas antes de la entrega en vigor de este tratado continuarán tramitándose conforme a las disposiciones del Tratado del 7 de mayo de 1881. HECHO en la ciudad de Buenos Aires a los tres días del mes de marzo del año mil novecientos ochenta y siete, en dos ejemplares originales, siendo ambos textos.". República Argentina y el Reino de España, *Ley N° 23.708, Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal entre la República Argentina y el Reino de España.*



## Bibliografía

- Abel Souto, Miguel y Hoover Wadith Ruiz Rengifo. *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Bogotá: Leyer, 2023.
- Baldomino Díaz, Raúl Andrés. *Bases de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.
- Berruezo, Rafael y Nicolás Coppola. *El Delito de Blanqueo de Dinero*. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2018.
- Blanco, Hernán. *Aspectos problemáticos de la persecución del lavado de activos, a diez años de la reforma del tipo penal mediante la ley 26.683*. Buenos Aires: Temas de derecho penal, 2022.
- Cancio Meliá, Manuel. "El injusto de los delitos de organización: peligro y significado", *Revista General de Derecho Penal*, n.º 8 (2007).
- Ecuador. *Ley Orgánica De Prevención, Detección Y Erradicación Del Delito De Lavado De Activos Y Del Financiamiento De Delitos*. Registro Oficial 802, Suplemento, 21 de julio de 2016.
- . *Normas de Prevención de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y otros delitos*. Registro Oficial 96, Suplemento, 9 de diciembre 2019.
- Ecuador y Argentina. *Declaración conjunta de la presidenta de la República Argentina y del Presidente de la República del Ecuador*. 21 de abril de 2019.
- Grupo de Trabajo Cooperación Penal Internacional AIAMP. *Convenio de Cooperación Interinstitucional entre los Ministerios Públicos y Fiscales Miembros de la Asociación Iberoamericana Ministerios Públicos*. República Dominicana: AIAMP, 2018. <https://www.mpf.gob.ar/cooperacionjuridica/files/2019/11/Gu%C3%ADa-de-Uso-del-Acuerdo-de-Cooperaci%C3%B3n-Interinstitucional-entre-los-Ministerios-P%C3%BAblicos-y-Fiscales-Miembros-de-la-AIAMP.pdf>.
- Hassemer, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- OEA Asamblea General. *Convención Interamericana sobre Extradición*. 25 de febrero de 1981.
- . *Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal*. 23 de mayo de 1992.
- Pawlik, Michael y Rainer Zaczyk. "Zum Unrecht der kriminellen Vereinigung: Gefahr und Bedeutung". En *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Köln*: Carl Heymanns, 2007.
- República Argentina y el Reino de España. *Ley N° 23.708, Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal entre la República Argentina y el Reino de España*. 13 de septiembre de 1989.

Solernó, Diego y Lucila Benincasa Varnier. *Cooperación Jurídica Internacional en Materia Penal*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2023.

Tato Rodríguez, María y José Caamaño Alegre. Disertaciones, VIII Congreso Internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, Santiago de Compostela, 8 y 9 de julio de 2021.





# FGE

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

ECUADOR

Número de edición 035

ISSN: 2661-6920

Dirección: Juan León Mera N19-36 y Av. Patria

Edificio Fiscalía General del Estado. Piso 6

Teléfono: (02) 3985 800 Ext. 173037

Mail: [estudiospenales@fiscalia.gob.ec](mailto:estudiospenales@fiscalia.gob.ec)

**Fiscalía General del Estado**

Dirección de Estudios Penales

Quito - Ecuador