**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
FACULTAD DE DERECHO
DIRECCIÓN DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
ESPECIALIZACIÓN EN CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS**

**EL BIEN JURÍDICO TUTELADO EN EL
DELITO DE LEGITIMACIÓN DE CAPITALS**

**Trabajo Especial de Grado
para optar al Título de
Especialista en Ciencias
Penales y Criminológicas**

**Autor: Diego Barboza Siri
Asesor: Freddy José Díaz Chacón**

Caracas, 2018

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
FACULTAD DE DERECHO
DIRECCIÓN DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
ESPECIALIZACIÓN EN CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS

APROBACIÓN DEL ASESOR

En mi carácter de asesor del trabajo especial de grado, presentado por el ciudadano abogado **DIEGO FERNANDO BARBOZA SIRI**, para optar al Grado de Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas, cuyo título es: El Bien jurídico Tutelado en el Delito de Legitimación de Capitales; considero que dicho trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la ciudad de Caracas, a los días del mes de junio de 2018.

Freddy José Díaz Chacón
C.I. 3.659.266

Agradecimientos

INDICE DE CONTENIDO

Introducción

Capítulo I. El orden socioeconómico como bien jurídico objeto de tutela por el delito de legitimación de capitales.

Capítulo II. El bien jurídico Administración de Justicia como objeto de protección por el delito de legitimación de capitales.

Capítulo III. Los bienes jurídicos lesionados por el delito previo a la legitimación de capitales como objeto de protección.

Capítulo IV. El delito de legitimación de capitales como protector de varios bienes jurídicos.

Conclusiones y recomendaciones

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS

EL BIEN JURÍDICO TUTELADO EN EL
DELITO DE LEGITIMACIÓN DE CAPITALS

Autor: Diego Barboza Siri
Asesor: Freddy José Díaz Chacón
Fecha: Junio, 2018

Resumen

La presente investigación busca analizar la configuración jurídica del bien jurídico protegido por el delito de legitimación de capitales o también conocido como blanqueo de bienes, tratando de precisar y delimitar adecuadamente sus contornos para llegar a soluciones más justas y que respeten los principios fundamentales del Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho y de Justicia que propugna nuestra Carta Magna.

La necesidad de la investigación radica en la importancia que tiene el correcto entendimiento de esta conducta ilícita y su potencial lesividad, a los fines de no llegar a soluciones tan amplias que evaporen los principios fundamentales del Derecho Penal en el Estado de Derecho, pero tampoco que permitan la incorporación impune de capitales provenientes de actividades delictivas, llegando de esta manera a soluciones justas, donde prive la sanción únicamente cuando se haya lesionado el bien jurídico tutelado por la norma penal.

Así, se pretende demostrar con una adecuada interpretación de nuestro ordenamiento jurídico y de los principios fundamentales del Derecho Penal, que el bien jurídico tutelado por el delito de legitimación de capitales es la Administración de Justicia.

Descriptores: Legitimación de capitales. Bien jurídico. Bienes. Principios de Derecho Penal. Delito.

INTRODUCCIÓN

El delito de legitimación de capitales presenta una importancia fundamental en el moderno mundo globalizado, siendo una de las conductas ilícitas en las cuales existe un consenso internacional acerca de la necesidad de su persecución y castigo penal. Es por esta razón que la inmensa mayoría de las legislaciones nacionales, no han hecho otra cosa sino receptar los diversos convenios internacionales que se han suscrito para perseguir el delito de legitimación de capitales o blanqueo de bienes, mostrando así un acuerdo no muy común en el campo de la legislación penal internacional.

Y en efecto no puede ser de otro modo, ello en razón del enorme peligro que supone la incorporación dentro del circuito económico lícito, de las enormes ganancias que genera la delincuencia organizada, muchas de las veces ya transformada en delincuencia transnacional, donde incluso ya ha llegado a plantearse, la imposibilidad de perseguir estos crímenes con las herramientas otorgadas por el Derecho Penal Clásico, obligando así a los estados a ir buscando nuevos mecanismos de persecución, juzgamiento, castigo, aprehensión de los penalmente responsables y finalmente, poder confiscar el producto de toda la empresa delictiva.

No cabe a estas alturas ya duda de la dificultad que supone la persecución de estas organizaciones con las herramientas garantistas del Derecho Penal Liberal, sin embargo, no deben promoverse ni auspiciarse supuestos mecanismos más eficaces para la persecución de estos delitos en desmedro de las garantías materiales y procesales que otorga el Derecho Penal, más aún cuando se sabe todo el precio que ha tenido que pagarse para poder llegar a su definitiva consolidación.

En tal sentido, podemos convenir con la mayoría de la doctrina (Arias, 2011. Pp. 93) que el tipo penal del delito de blanqueo de bienes se configura a costa de muchos de los límites que tradicionalmente se han impuesto al *ius puniendi*, de tal manera que se ven minimizados hasta el punto de poder afirmar en algunos casos, su falta de vigencia. Estos límites serían, en el ámbito sustancial, el de certeza o determinación, el de proporcionalidad, el de bien jurídico -tema central de la presente investigación-, y desde el ámbito procesal, el menoscabo del derecho a la defensa y a la presunción de inocencia. Asimismo, como consecuencia de esta misma relajación de garantías sustanciales, se verifica una disolución de los criterios de imputación, lo cual imposibilita, en principio, la distinción entre tentativa y consumación, entre autoría y participación, entre otros.

Por su parte, la doctrina desde hace tiempo ha avizorado esta nueva tendencia del llamado Derecho Penal de la globalización, señalando la inmensa probabilidad que los principios del Derecho Penal Liberal, tal como hoy se conocen, serán mutados en favor de la facilidad de la persecución penal y la efectividad de los mecanismos de coerción previstos en el ordenamiento internacional. A modo solo de ejemplo, se puede señalar siguiendo a Silva Sánchez, (2001. Pp.100) que el principio de legalidad, concretamente en lo referido a la exigencia de la determinación del ilícito, será abandonada en el Derecho Penal de la globalización, lo cual es suficiente para despertar grandísimas alarmas en los defensores de la dogmática tradicional.

Estas puntualizaciones son necesarias para justificar –aunque sin compartir- el porqué de la redacción tan amplia y poco delimitada que tiene el delito de legitimación de capitales previsto en el artículo 35 de la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo, donde de un análisis somero y superficial, se podrá apreciar que este tipo penal no reúne los requisitos exigidos por la dogmática penal para configurar tipos penales.

Esto se debe, fundamentalmente, a la llamada por algunos autores en forma muy gráfica como colonización jurídica, vale decir, la implementación de tipos penales tan abiertos que únicamente encuentran su justificación en la necesidad de satisfacer compromisos supranacionales (Diez Ripollés, citado por Arias. 2011. Pp. 94).

Sin embargo, a pesar del seguimiento casi textual que la mayoría de las legislaciones hacen a los convenios internacionales a los fines de tratar de cumplir –aunque la más de las veces sin éxito- las obligaciones contraídas, muchas veces el fracaso en la lucha contra estos flagelos se debe a la gran confusión que generan las disposiciones normativas que pretenden castigar estas conductas, dificultando consecuentemente la labor de los jueces y demás operadores de justicia (sobre todo a los órganos de investigación penal).

Ahora bien, ¿cuál es la importancia que tiene la determinación del bien jurídico en el Derecho Penal -punto nodal para la justificación de la presente investigación- y especialmente en el delito de legitimación de capitales?

Sin duda, la doctrina en forma casi unánime entiende que el Derecho Penal es un ordenamiento destinado a la protección de bienes jurídicos. Ciertamente, la cuestión de las cualidades materiales que debe reunir una conducta para ser sometida a pena estatal siempre será un problema fundamental, no solo para el legislador, sino también para la ciencia jurídico-penal. En efecto, como afirma Roxin (2007. Pp. 443) hay muchas razones para entender que el legislador actual,

aunque goza de legitimidad democrática, no puede incriminar algo porque no le guste.

En efecto, aquí radica precisamente uno de los aspectos más importantes del moderno Derecho penal, conocer cuándo una conducta puede ser incriminada y cuando debe ser cedida su sanción a otra rama del ordenamiento jurídico menos lesiva a los derechos de los ciudadanos.

Y precisamente, la mayoría de la doctrina coincide en que la intervención penal se justifica si, y solo si, se pretenden proteger bienes jurídicos de relevancia constitucional. En tal sentido, con mucho acierto Fernández (2002. Pp. 354-5) sostiene:

“Por su extrema severidad, los recursos punitivos no están disponibles –en el régimen de un Estado republicano o demoliberal de Derecho– para el control de cualquier conducta o la solución de cualquier conflicto social, ni tampoco para la represión de bagatelas, nimiedades o insignificancias. Por el contrario, esos recursos han de estar limitados: a) a los atentados contra los bienes jurídicos primarios o fundamentales de la vida social; b) a las formas más graves o socialmente más intolerables de dichos atentados. El daño o la amenaza al bien jurídico para alcanzar relevancia típica, habrán de revestir tanta mayor magnitud cuanto más grave sea la pena conminada por el tipo respectivo”.

Si bien es cierto que la doctrina no es pacífica en cuanto a este punto, (tal como quienes contradicen la limitación del legislador para tipificar conductas penales, entre ellos Hirsch, Stratenwerth o el mismo Jakobs, citados por Roxin. 2007. Pp. 454 y sig.) sin duda, se observa que el sector mayoritario de la doctrina se inclina por esta tesis. Asimismo, también se ha sostenido que el concepto de bien jurídico nace como un planteamiento programático cuyo objetivo era limitar el poder de definir conductas criminales del Estado a la exclusiva protección de bienes jurídicos. De ahí que hayan sido numerosos los esfuerzos de los penalistas (Bustos y Hormazábal. 2006. Pp. 71-2) por dar un concepto material de bien jurídico, entendiendo por tal un bien que sirviera de instrumento para limitar el poder de definición estatal.

Por esta razón, parece ya incuestionable que le legislador no es absolutamente libre para tipificar conductas penales, sino que se halla vinculado forzosamente por el principio de necesidad de protección de bienes jurídicos, a pesar que otros tratadistas (Vives y Cobo. 1999. Pp. 85 y ss.) pretendan limitar este poder de punición estatal en el principio de proporcionalidad, con distintos fundamentos pero iguales resultados.

Es más, repugna a un estado democrático social de derecho y de justicia, cualquier pretensión punitiva que no tenga justificación adecuada en la protección de bienes jurídicos, como principio de convivencia entre sus ciudadanos. Así, con mucha razón Mir Puig (2005. Pp. 130-1) justifica:

“Un estado social y democrático de Derecho sólo debe amparar como bienes jurídicos **condiciones de la vida social**, en la medida en la que afecten a las **posibilidades de participación de individuos** en la vida social. Y para que dichos bienes jurídicos merezcan ser protegidos penalmente y considerarse bienes jurídico-penales, será preciso que tengan una **importancia fundamental**. Todo ello puede verse como una exigencia del **Estado social** y democrático. El Derecho penal de un Estado Social no ha de ocuparse en respaldar *mandatos puramente formales, valores puramente morales, ni intereses no fundamentales* que no comprometen seriamente el funcionamiento del sistema social. El postulado de que la condiciones sociales a proteger deban servir de base a la posibilidad de participación de individuos en el sistema social, puede fundarse en el **Estado democrático**”. (Resaltado dentro del texto).

Así, como puede colegirse de las citas copiadas, la inmensa mayoría de la doctrina sostiene que el Derecho Penal es un ordenamiento protector de bienes jurídicos, razón por la cual no tendría justificación la intervención penal sino solo cuando se vean lesionados bienes jurídicos que requieran precisamente de protección penal. Con mucho acierto afirma Octavio de Toledo (1990. Pp. 9) que “las leyes penales no pueden amparar con sus normas intereses incompatibles con los acogidos por la Constitución. Ni tampoco pueden proteger aquellos otros que, siendo constitucionalmente viables, reciben tutela bastante por las demás ramas del Derecho”.

Por lo tanto, la importancia de la determinación del bien jurídico protegido por el delito de legitimación de capitales permitirá precisar si, en caso que no exista lesión alguna a dicho bien, se justifica la intervención penal y el consecuente castigo al supuesto legitimador, más allá de cualquier otra consideración ética o moral que pueda efectuarse al respecto. En tal sentido, siguiendo a Berdugo (2012. Pp. 210) no se debe olvidar que en “el ámbito dogmático el bien jurídico es la pieza clave del contenido material del injusto, de la conducta cuya realización pretende evitarse y su consideración normativa permite abordar al analizarlo cuestiones como la de su disponibilidad y sus consecuencias para determinar cuándo se produce la lesión del mismo”. Y esto es debido precisamente a lo que enseña con tanta insistencia Ferrajoli (1995. Pp.472-3) en el sentido del reconocimiento de la doble función que cumple el bien jurídico en el Derecho Penal, como criterio político criminal orientado a la máxima tutela de bienes

jurídicos con el mínimo necesario de prohibiciones y castigos y como un instrumento dogmático que nos permite analizar los tipos penales.

En este orden, podemos afirmar que el problema de investigación a que se refiere la presente investigación está orientado a resolver la siguiente pregunta ¿cuál es el bien jurídico protegido por el delito de legitimación de capitales? Pregunta que se considera crucial para que, una contestada, se pueda así hallar justificación a la intervención penal que se pretende con la tipificación penal del delito de legitimación de capitales.

A los fines de desarrollar la presente investigación, estudiaremos las diferentes tesis que explican cuál es el bien jurídico tutelado en el delito de legitimación de capitales, comenzando por la más común, el orden socioeconómico, luego analizaremos el bien jurídico Administración de Justicia como objeto de protección por el delito en estudio, posteriormente, se estudiará si es posible –como sostiene parte de la doctrina- que los bienes jurídicos lesionados por el delito previo cometido a la legitimación de capitales constituyen objeto de protección por este delito, finalmente, se examinará si el ilícito en referencia constituye un delito pluriofensivo. Luego fijaremos nuestra postura y daremos las recomendaciones que consideramos pertinentes para que la regulación legal cumpla con los postulados garantistas que prevé el Derecho Penal, cumpliendo a cabalidad con el mandato constitucional.

CAPÍTULO 1

EL ORDEN SOCIOECONÓMICO COMO OBJETO DE TUTELA POR EL DELITO DE LEGITIMACIÓN DE CAPITALES

Este es quizá el bien jurídico cuya tutela es la más defendida por la doctrina, toda vez que en la mayoría de los Códigos penales el delito en estudio se halla ubicado dentro del capítulo correspondiente a los delitos contra el orden socioeconómico.

En tal sentido, aplicando los postulados más clásicos del Derecho penal, podemos observar que la identificación del bien jurídico debe hallarse en el capítulo correspondiente a aquel que tipifica el conjunto de delitos, es decir, el capítulo se identifica, en principio, con el bien jurídico cuya tutela se persigue. En efecto, tal como enseña Reyes (1997. Pp.21) “el jurista ha de observar primero del catálogo de tipos para ver en cuál de ellos puede subsumirse la conducta del caso, y si de la confrontación de dicho acto de la vida real con el *tatbestand* legal no se ve que se halla con él en referencia, el problema se puede dar por resuelto en sentido negativo a la punibilidad”.

En este caso, debido precisamente a su nueva ubicación tanto en nuestro derecho como en el derecho europeo, donde pasó de ubicarse en un delito consecuencia del tráfico de drogas (previsto antiguamente en la derogada Ley contra el Tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas y en los derogados Códigos penales europeos, donde este delito cambia hacia la protección del orden socioeconómico) hacia otro que pretende proteger el mencionado orden, independientemente del tipo de delito previo, no sólo aquel que proviene del tráfico ilícito de drogas, el cual era el más conocido y tratado por aquellos tiempos.

En tales términos, la doctrina ha aclarado lo antes afirmado, precisando: “El delito de blanqueo de capitales surge principalmente asociado a la lucha contra el tráfico de estupefacientes, delito que a su vez se vincula a la protección de la salud pública. Tras adquirir generalidad, se ubica actualmente en una buena parte de los códigos, como el español, entre los delitos contra el orden socioeconómico, y con frecuencia asociado a la figura de la receptación, que a su vez está estrechamente emparentada con el encubrimiento, del que históricamente se desgajó”. (Molina Fernández. 2009. Pp.6).

En este mismo orden, Mendoza Llamacponcca (2017), concuerda con que el bien jurídico protegido por el delito de lavado de activos es el orden socioeconómico, afirmando:

“Con los actos de lavado se pone el peligro las condiciones esenciales del tráfico económico de bienes, es decir, que éste se desarrolle a través de cauces lícitos. Las reglas del mercado, advierte MUÑOZ CONDE, no son de base puramente económica, sino también son producto de la regulación jurídica que las garantiza. Desde esta perspectiva, la regulación de las transacciones no sólo tiene por objeto asegurar la canalización legal de los activos –a través de inversiones, transferencias o prestaciones–, sino fundamentalmente verificar y controlar la fuente real de su procedencia. En tal sentido, el lavado de activos pone en entredicho las reglas de la libre y leal competencia en el mercado, lo cual le otorga autonomía sustantiva frente al delito precedente”. (ob. cit. Pp. 193-4).

La jurisprudencia europea también ha coincidido en que la nueva ubicación del delito presupone al orden socioeconómico como bien jurídico protegido, a saber:

“La nueva figura del blanqueo de capitales se encuadra dentro de la amplia gama de delitos contra el orden socioeconómico y bajo la rúbrica concreta de la receptación y otras conductas afines. En las figuras de ayuda o colaboración con los delincuentes para que se aprovechen de los efectos y los beneficios de los delitos, las antiguas modalidades de encubrimiento y de la receptación, necesitaban de una reetiquetación o actualización a la luz de los nuevos fenómenos de la delincuencia organizada. La generación de ingentes cantidades de dinero pueden, incluso poner en riesgo el sistema comercial y financiero y la necesaria estabilidad del sistema político a través de fenómenos generalizados de corrupción.

Tanto en el encubrimiento como en la receptación se exigía, como presupuesto previo, la existencia de un hecho delictivo que el encubridor conocía con perfiles más detallados, mientras que al receptor le bastaba con tener una percepción genérica de la procedencia ilícita de los bienes que adquiría”. (Sentencia del Tribunal Supremo español 924/2005, de 22 de julio, citada por A. Calderón Cerezo y J. Saavedra. 2008. Pp. 371).

Así, debido precisamente a su comprensión como producto de la delincuencia organizada y no únicamente de aquella dedicada al tráfico de drogas ilícitas, se pretendió abarcar como bien jurídico protegido todo o parte del orden

socioeconómico y no la salud pública o la administración de justicia, como se venía discutiendo.

Y esto trajo precisamente una serie de problemas que a la fecha no se habían planteado, ya que como afirma Pedrazzi (citado por Martínez-Buján. 1998. Pp. 36) “hay que reconocer que el Derecho penal económico constituye quizás uno de los sectores de la Parte especial en que la utilización de concepto del bien jurídico es más ardua y problemática, toda vez que los objetos merecedores de tutela son más difíciles de aislar y recortar, al afectar a una serie de intereses de distinta naturaleza, con respecto a los cuales existe una relación dialéctica que oscila entre la convergencia y el antagonismo: intereses individuales y de grupo, intereses ‘difusos’ e intereses referidos a la comunidad considerada de forma unitaria”.

Y la doctrina, una vez identificado el orden socioeconómico y la necesidad de su protección, comenzó con su debida labor sistematizadora, y ésta a su vez tuvo reflejo en los diversos textos pre legislativos europeos y proyectos de leyes, entre las que destaca el proyecto alternativo alemán para los delitos socioeconómicos, que tuvo, a decir de Martínez-Buján (ob. cit. Pp.37) tal magnitud que ha llegado a convertirse en punto de referencia inexcusable para todas las investigaciones científicas desarrolladas con posterioridad en materia de delitos socioeconómicos y, asimismo, para la labor legislativa reformadora habida en los últimos años no sólo en Alemania sino en todo el ámbito europeo.

Este proyecto alternativo fijó, como bien jurídico objeto de tutela, el orden socioeconómico, trascendiendo así la esfera puramente patrimonial individual, siendo por tanto la afectación de alguna manera, así sea mediata a intereses socioeconómicos supraindividuales, el presupuesto necesario para integrar una figura delictiva de esta categoría. (Martínez-Buján. *Ob. cit.* Pp. 59).

Así, sería característica fundamental de este tipo de delitos, el lesionar bienes jurídicos que, aun siendo individuales, tienen una proyección colectiva o, si se quiere, se trata de bienes individuales pero que reflejan un bien jurídico supraindividual en forma mediata, lo que obliga al legislador a resguardarlos en tutela del sistema económico imperante (Martínez-Buján. *Ob. cit.* Pp. 59).

En este orden de ideas, un sector muy autorizado de la doctrina ha precisado que es condición indispensable para identificar este tipo de delitos, determinar con la mayor precisión posible el concepto de orden socioeconómico, pero concluyendo que dicha sistematización es relativa y tiene un valor materialmente escaso, a saber:

“Del concepto de «orden socio-económico» debe excluirse el orden económico en sentido estricto u orden público económico, que es aquella parte del orden económico dirigida o intervenida directamente por el Estado. Este orden económico en sentido estricto no es, pues, otra cosa que la intervención directa del Estado en la relación económica, como un sujeto de primer orden, imponiendo coactivamente una serie de normas o planificando el comportamiento de los sujetos económicos. (...) Pero esta concepción estricta del orden económico no es suficiente para abarcar en él una serie de hechos de gran trascendencia también para los intereses socio-económicos y que exceden del ámbito puramente patrimonial individual, por lo que se hace difícil incluirlos o sancionarlos correctamente con los clásicos delitos patrimoniales. Valgan de ejemplo los fraudes a los consumidores, los abusos en el ámbito de las sociedades mercantiles y, las alteraciones de los precios en el mercado. También los delitos patrimoniales clásicos cuando producen un grave perjuicio en intereses económicos colectivos, como sucede con las grandes estafas financieras y las quiebras fraudulentas de sociedades mercantiles de gran importancia económica, parece que merecen una distinta consideración a la que tradicionalmente se les ha dado.

(...)

Pero tampoco la magnitud del daño o perjuicio económico producido puede ser un factor determinante para diferenciar los delitos patrimoniales de los delitos contra el orden socio-económico.

Por todo lo dicho, se puede concluir afirmando que la distinción «delito contra el patrimonio-delito contra el orden socio-económico» tiene un valor sistemático relativo y materialmente escaso, por lo que corresponde al intérprete analizar las particularidades que tiene un concreto tipo delictivo para justificar su consideración como delito contra el orden socio-económico. (Muñoz Conde. 1998. Pp. 68-9-70).

Como se colige de la cita copiada, a pesar de indicarse que la sistematización pretendida tiene un valor materialmente escaso –conclusión que a primera vista parece apresurada- no cabe duda que el propio orden socioeconómico en sentido amplio, parece tener el consenso de la mayoría de la doctrina respecto a constituir el bien jurídico tutelado por este delito. Así, Muñoz Conde (2007. Pp. 537) afirma

que al “igual que sucede con el delito de receptación, el blanqueo debe ser castigado no sólo porque favorece el enriquecimiento de los que han cometido un previo delito y, por tanto, induce a su comisión como forma de obtención de un lucro, sino porque afecta directamente al funcionamiento de la economía de mercado y al control del mismo ya desde el origen o fuente del ingreso por parte del Estado a través de su actividad tributaria. Su consideración como delito socioeconómico está, por tanto, plenamente justificada”.

Incluso, la doctrina tampoco es pacífica al momento de diferenciar dentro del orden socioeconómico cuál sector es el protegido por este delito, siendo un punto muy importante que deberá estudiarse en este capítulo, tal como lo hacemos de seguidas.

1.1- La circulación de los bienes en el mercado como bien jurídico protegido;

Una de las tesis que fundamenta el bien jurídico protegido por el delito de legitimación de capitales dentro del orden socioeconómico, es aquella referida a la circulación de bienes en el mercado, como objeto inmediato y directo de protección penal.

En efecto, este sector de la doctrina, sostiene que el orden socioeconómico en general, no puede ser objeto de tutela penal, toda vez que éste es incapaz de servir de criterio rector en la interpretación de los concretos tipos penales. En este sentido, la doctrina sostiene:

“Al respecto, mayoritariamente la doctrina consideró que el orden socioeconómico tanto en su sentido estricto (entendido como la regulación jurídica de la intervención estatal en la economía) como en sentido amplio (entendido como la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios) no puede constituirse como bien jurídico inmediatamente protegido por un determinado delito. (...) aunque se reconozca la necesidad de su protección a través de la norma penal, el orden socioeconómico ‘es incapaz de servir de bien jurídico común y de criterio rector en la interpretación de los concretos tipos penales’. Así, el Código penal no protege al orden socioeconómico como si se tratara de un bien jurídico ‘sino más propiamente, ante el reconocimiento de la vinculación entre la protección del patrimonio y la de otros intereses económicos colectivos que se ven implicados en determinadas lesiones patrimoniales’.

De tal forma que, la referencia al orden socioeconómico, habría sido para describir un objeto político criminal, que sirve para agrupar sistemáticamente a determinados delitos que lesionan o ponen en peligro la producción, distribución y consumo de bienes y servicios.

De lo dicho, el orden socioeconómico no se constituye como bien jurídico penalmente protegido por el delito de blanqueo de bienes. Lo que implica que no constituye un elemento del tipo de injusto, por lo que su lesión o puesta en peligro no necesitan ser abarcados por el dolo del autor, ni son precisos para la consumación del delito”. (Del Carpio Delgado. 1997. Pp. 78-9). (Destacado de la autora).

Como afirma la autora citada, el orden socioeconómico no puede erigirse en criterio rector para la interpretación de los tipos penales, es más, también sostiene –y con mucha razón- que en alguna de las fases específicas del blanqueo de bienes se dan casos concretos en que este delito es incluso más beneficioso para el orden socioeconómico, tal como ocurre con la dinamización de la economía en los llamados paraísos fiscales, donde el sector de servicios financieros se ve muy favorecido por la captación de capitales extranjeros que pueden tener dudosa procedencia. (*Ob. cit.* Pp. 80).

En efecto, esta autora niega que el orden socioeconómico en general sea el bien jurídico tutelado por el delito de legitimación de capitales, siendo lo verdaderamente protegido por este tipo penal únicamente lo que sería la libre circulación de bienes en el mercado. Esta circulación debe ser protegida –afirma- contra la contaminación que supone el hecho de la incorporación de los bienes de procedencia delictiva, aspecto éste que es el fundamento del blanqueo de bienes. (*Ob. cit.* Pp. 82).

Podría resumirse la tesis que defiende el punto ahora tratado en las siguientes líneas:

“Cuando nos referimos a la *circulación de los bienes en el mercado*, nos estamos refiriendo a un bien jurídico de naturaleza colectiva, tal como lo configura *Bustos Ramírez*, como un bien jurídico macrosocial que está al servicio de los llamados bienes jurídicos individuales y quizás sea este el punto de conexión con la teoría de *Hassemer*, en el sentido de que la razón de existir de los bienes jurídicos colectivos, es la protección de intereses individuales, ya que en la configuración de la

sociedad moderna todos somos titulares de intereses colectivos al estar inmersos en ese orden socioeconómico.

Además, es necesario destacar que dentro de esa naturaleza colectiva del bien jurídico, éste no tiene el carácter institucional, es decir, no es un bien jurídico de titularidad estatal, siguiendo a la clasificación de *Bustos Ramírez*, sino, más bien, es un interés colectivo referido al funcionamiento del sistema y, más específicamente, a contribuir al funcionamiento del mercado en la medida que cualquier sujeto al adquirir, convertir o transmitir o cuando realice cualquier acto para ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes, etc., está lesionando intereses de la comunidad en general y a cada uno de sus miembros, suponiendo la agresión al tráfico lícito de bienes, un grave ataque a las estructuras mismas del Estado social y democrático de derecho". (*Ob. cit.* Pp. 84-5).

Esta tesis aunque muy bien fundamentada, no puede ser concluyente por varias razones que pasamos a mencionar de seguidas:

En primer lugar, es una conclusión dudosa limitar el bien jurídico protegido en operaciones tan complejas de organizaciones delictivas dedicadas a lavar el producto de sus crímenes, únicamente a la libre circulación de los bienes en el mercado. Ciertamente, la experiencia ha demostrado que la libre circulación muy poco se ve afectada frente a otros bienes cuya lesión es mucho más visible, tales como la estabilidad del sistema financiero o incluso la libre competencia, fundamentos esenciales de la economía mixta de mercado prevista en la mayoría de los Estados sociales. Así, tal como lo señala Blanco Cordero (1997. Pp.191), la comprensión de esta figura delictiva como un genuino delito contra el orden económico que incide directamente sobre la última fase del fenómeno del blanqueo de capitales (la integración del dinero o bienes de origen delictivo a la economía legal) posee la indudable ventaja de incluir todos los estadios intermedios, permitiendo superar una visión parcial, como la que ofrecería la concepción de dicha figura como un delito contra la Administración de justicia.

Si bien compartimos parcialmente esta afirmación, por las razones que se expondrán en el capítulo 2, no cabe duda que limitar el bien jurídico protegido únicamente a la libre circulación de bienes, implica una visión muy parcial del problema y no abarcaría todas las fases del procedimiento de legitimación tal como lo entiende la doctrina en forma unánime, aunque con disímiles palabras. En efecto, la doctrina (Vidales Rodríguez. 2012. Pp. 2), siguiendo los lineamientos

expuestos por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) distingue fundamentalmente tres fases en el procedimiento de lavado de dinero, legitimación de capitales o blanqueo de bienes, a saber: a) sustitución o colocación del dinero o bienes obtenidos producto del delito previo; b) ocultación o transformación, donde se pretende borrar el rastro de la previa sustitución que ha tenido lugar, y; c) integración o reinversión de los capitales delictivos dentro del circuito económico, operación final con la cual concluye todo el proceso de legitimación y se incorporan al flujo económico legal.

Ahora bien, limitar únicamente el bien jurídico protegido a la libre circulación de bienes, traería como consecuencia dejar fuera de la tutela penal aspectos tan dañinos a la vida social como la colocación de dinero producto de actividades terroristas o de narcotráfico, aun cuando este no logre obstruir o impedir la libre circulación de bienes, lo cual obviamente no se compadece con el tipo penal, y menos aún con la redacción tan amplia que le han dado no solo nuestra legislación (artículo 35 de la Ley contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo) sino los tratados internacionales suscritos en la materia.

En segundo lugar, un importante sector de la doctrina ha señalado que la incorporación de capitales provenientes de actividades delictivas no debe ser repudiado por el ordenamiento jurídico, toda vez que propenden a su control y mantienen estos bienes bajo control fiscal y judicial, lo cual sin duda es mucho más beneficioso que mantenerlos ocultos. Así, Bajo Fernández (citado por Abel Souto. 2005. Pp. 23) expone: “antes de proceder al examen de los posibles bienes jurídicos protegidos por el delito de blanqueo, se impone una referencia a aquella posición doctrinal, sostenido por bajo Fernández que, sobre la base de entender el blanqueo como incorporación a la legitimidad del dinero sustraído al control fiscal, considera semejante actividad carente de valoración negativa y penalmente irrelevante; es más, concluye el mentado autor que el blanqueo debe ser promocionado por los poderes públicos”. Así, no podría comprenderse como algún sector de la doctrina afirme que los bienes producto de actividades ilícitas deben incorporarse al circuito económico si esta integración lesionaría un aspecto de ese orden socioeconómico, tal conclusión es contradictoria. Igualmente, Terradillos (en el prólogo a Arias Holguín. 2011. Pp. 17) afirma:

“El delito de blanqueo de capitales (...) es conducta que ofrece un crecido interés para el estudioso de la ‘cuestión penal’.

Le obliga a afrontar, en primer lugar, una contradicción que no es sólo aparente. En efecto, el blanqueo o lavado supone reintegrar al sistema económico formal activos que, de otro modo, se moverían en circuitos

informales, libres de control y perturbadores de la competencia; disfuncionales, en definitiva. Desde esta perspectiva, la represión penal del blanqueo de capitales resultaría poco coherente, siendo por el contrario, aconsejable más que su persecución, su potenciación. Por ejemplo, considerándolo como circunstancia atenuante de la responsabilidad penal correspondiente al delito del que los activos traen su origen.

Tal propuesta puede parecer descabellada, y sin duda presenta fáciles flancos a la crítica; pero no a otras consideraciones responden las políticas que priman la 'regularización' de la situación fiscal de quienes previamente, han mantenido ocultos sus bienes, sustrayéndolos al cumplimiento de sus obligaciones tributarias. La 'lógica recaudatoria' aconseja poner transparencia allí donde antes reinó la opacidad, y control en la antes impenetrable jungla de los paraísos fiscales".

Como se observa de la cita *supra* copiada, no deberían incorporarse bienes o capitales al circuito económico si éstos afectaran la libre circulación de bienes, toda vez que esto iría a contravía de la finalidad que persigue el ordenamiento jurídico.

En tercer lugar, puede darse el caso que los capitales ilícitos se produzcan en un país y se legitimen en otros, y esta conducta obviamente debe ser punible en ambas jurisdicciones, sin embargo, si entendemos que se lesiona únicamente la libre circulación de bienes, los capitales originados en la primera jurisdicción no tendrían sanción penal (y por tanto no podrían tampoco ser objeto de comiso), toda vez que al no integrarse al circuito económico en la misma, mal podrían impedir la libre circulación de bienes, lo cual es una conclusión evidentemente absurda.

1.2- La libre competencia como bien jurídico protegido;

Otro sector de la doctrina, entiende que el bien jurídico protegido por el delito de legitimación de capitales constituye, dentro del orden socioeconómico, la libre competencia en el mercado. Así, luego de un profuso estudio del delito de blanqueo de capitales, Arias (2011. Pp. 213 y ss.), concluye que en definitiva, el bien jurídico tutelado por este delito es la libre competencia, lo cual expone en los siguientes términos:

“... si se fija la atención en el ‘blanqueo de capitales’, se puede decir que éste es lesivo de la libre competencia en cuanto afecta a algunos de sus presupuestos, impidiendo alcanzar los beneficios que se seguirían de un correcto funcionamiento de los mecanismos de mercado. En este sentido, se tiene que estos comportamientos generan tal menoscabo, bajo las siguientes condiciones:

En primer lugar, el acceso a las ganancias originadas en la realización de conductas delictivas resulta una condición idónea para alterar la igualdad de los agentes económicos que participan en el mercado como ofertantes, sólo en la medida en que la obtención de estos recursos de origen ilícito posibilite acceder a unos beneficios al margen de la eficiencia. (...) Adicionalmente, la obtención de estos beneficios bajo ciertas condiciones, puede facilitar la concentración de un poder en el mercado, incidiendo o alterando el ‘tamaño’ de la empresa e incluso, en el caso extremo, facilitando la obtención de una posición de dominio en el mercado. (...) En segundo lugar, la configuración de empresas, sea cual sea su tamaño, no para la participación competitiva en el mercado sino para la incorporación y legitimación de las ganancias ilícitas, afecta a la ‘competitividad empresarial’.”.

En cuanto a esta tesis, se puede observar que la libre competencia, no debe considerarse como el bien jurídico protegido en este delito, toda vez que ya posee indudablemente, *una tutela propia a los fines de evitar la concentración económica como una patología de las economías de mercado*, razón por la cual carecería de sentido el pretender proteger –incluso indirectamente- este bien jurídico cuando ya es protegido directamente por una infracción administrativa específica.

Ciertamente, la doctrina que ha estudiado este tema, toma como punto de partida el interés que tiene el Estado en resguardar la libre competencia, generando dicha regulación por normas de Derecho administrativo, incluso sancionatorio, en lugar de las normas de Derecho penal, cumpliendo con el principio de mínima intervención y de fragmentariedad de esta rama del Derecho.

Así, no cabe duda que la regulación de la libre competencia, es materia preferente del Derecho administrativo, dejando al Derecho penal la sanción de situaciones mucho más graves que las castigadas por el Derecho administrativo sancionador. En tal sentido, se ha señalado –no sin razón- que la Constitución de 1999 establece como un principio explícito, la necesidad de la libre competencia como

un postulado esencial del Estado Social. Así, Hernández (2004. Pp. 528 y ss.), precisa:

“Desde la sanción de la *Ley Procompetencia* en 1992, se ha aceptado en Venezuela que la libre competencia es inherente a la libertad económica y que, como tal, tiene rango constitucional. (...) Cualquier duda sobre este aspecto quedó definitivamente zanjada en la Constitución de 1999, cuyo artículo 113 reputa contrarios a los ‘principios fundamentales’ de la Constitución ‘cualquier acto, actividad, conducta o acuerdo’ de los particulares ‘que tengan por objeto el establecimiento de un monopolio’ o que conduzcan, de cualquier manera, a su existencia. Se proscribe, además, el abuso de *la posición de dominio*. Finalmente, (...) se emplaza al Estado para adoptar cualquier medida contra estos actos o acuerdos, debiendo asegurar, además, las ‘condiciones efectivas de competencia en la economía’. La bondad de la norma parece innegable, se garantiza la libre competencia y se encomienda a los Poderes públicos su protección y defensa. Así parece ratificado en el artículo 299 que prevé a la libre competencia como uno de los principios socioeconómicos del Estado. Con todo, es nuestra opinión que el artículo 113 debe ser cuestionado por su *excesiva prolijidad*, ajena a la *flexibilidad* que debería informar a toda norma constitucional.

En definitiva, la Constitución de 1999 impone a los Poderes públicos la obligación de intervenir en el orden económico a fin de garantizar la existencia de condiciones efectivas de competencia, lo cual debe concatenarse con el artículo 112 constitucional que, igualmente, encomienda a los Poderes públicos la promoción de la iniciativa privada económica”.

Es innegable, que la regulación de la libre competencia es atribución primaria de la Administración Pública, en su función de policía administrativa, concretamente, policía de mercado, resguardando que los competidores accedan al mercado en igualdad de condiciones y evitando las concentraciones económicas propias de las fallas de mercado en las economías capitalistas.

El incumplimiento de las normas previstas en la Ley para resguardar la libre competencia, tienen fundamentalmente sanciones administrativas, siendo las sanciones penales excepcionales y únicamente para los supuestos de

cartelización, según lo previsto en el artículo 114 del Texto Constitucional. En efecto, si se observa el texto del artículo 113 Constitucional, es obvio que éste hace referencia únicamente a las sanciones administrativas, dejando de lado cualquier pretensión de sanción penal, a diferencia de lo que hace, a título de ejemplo, con la evasión fiscal, en la cual sí autoriza el Constituyente a su posible sanción penal según su artículo 317, tal como ocurre con el delito de defraudación tributaria, previsto en el artículo 116 del Código Orgánico Tributario.

Por lo tanto, es factible prever que la Constitución no consagra, como un bien jurídico susceptible de tutela penal, la libre competencia, dejando únicamente su resguardo a la Administración Pública y sus sanciones en el ámbito del Derecho administrativo, razón por la cual se debe concluir, *a fortiori*, que mal puede constituir el bien jurídico protegido por el delito de legitimación de capitales. Desde luego que tal afirmación tiene su fundamento en lo señalado por un sector muy autorizado de la doctrina, la cual entiende que nuestro Derecho de la competencia proviene principalmente del Derecho europeo y no del norteamericano, el cual prefiere aplicar sanciones penales en lugar de las administrativas. Así, se ha señalado sobre este punto:

“Una revisión de la Ley Procompetencia, y especialmente de sus artículos 10 y 13, sirve para advertir su enorme similitud con los artículos 101 y 102 del TFUE (Tratado Fundacional de la Unión Europea), lo cual demuestra que su inspiración e influencia fundamental provienen del Derecho de la Competencia europeo. Ello es consecuencia, a nuestro criterio, de que: (i) históricamente el Derecho europeo ha influenciado la formación del Derecho venezolano; (ii) el español constituye uno de los idiomas oficiales de la UE, lo cual facilita su acceso por parte de legisladores y profesionales del Derecho u otras ciencias en nuestro país; (iii) el Derecho europeo está basado mayoritariamente en un sistema de codificación normativo, al igual que Venezuela, y no en el sistema de precedentes propios del *Common Law* de los EE.UU.; (...) lo cual es producto de la consagración del Estado Social de Derecho y de Justicia en Venezuela, al igual que sucede en la mayoría de los países europeos.

Basados en tales consideraciones, estimamos que la Ley Procompetencia derogada perseguía los mismos fines que el Derecho de la Competencia Comparado busca tutelar, como lo es el beneficio de los

consumidores, por medio de la eficiencia económica. Ello se hacía evidente del texto del artículo 1º de la Ley Procompetencia en el cual se reconocía que esta perseguía proteger la ‘libre competencia y la eficiencia en beneficio de los productores y consumidores’.”. (Mónaco. 2016. Pp. 71-2).

Ciertamente, siguiendo las regulaciones europeas, nuestro Derecho tutela y resguarda la libre competencia desde el punto de vista del Derecho administrativo, toda vez que no constituye este un bien jurídico de relevancia penal, siendo por lo tanto difícil de sostener la tesis referida a que el delito de legitimación de capitales pretende tutelar la libre competencia como bien jurídico.

1.3-. La estabilidad del sistema financiero como bien jurídico protegido;

La doctrina también insiste en reconocer como bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de bienes la estabilidad del sistema financiero, señalando que estos bienes provenientes de actividades delictivas contaminan todo el sistema bancario y de valores alterando la rentabilidad de los títulos y acciones, los precios, etc.

En tal sentido, se ha señalado (Cervini y Adriasola, cit. por Arias. 2011. Pp. 217) que se podrían calificar como comportamientos que afectan a estas dimensiones aquellos que suponen la adopción de negocios asumiendo mayores riesgos de los que estaría dispuesto a afrontar si se participara en el mercado financiero y bursátil no con la finalidad de blanquear capitales sino con el objeto de obtener mayores rendimientos o de protegerse frente al riesgo.

En este sentido también se sostiene que “si por blanqueo de capitales se entiende, en sentido amplio, cualquier actividad (material y/o jurídica) dirigida a ocultar el origen ilícito de las ganancias de actos delictivos en sentido genérico, no cabe duda de que el caso que reviste mayor trascendencia desde el punto de vista económico y criminológico es el blanqueo ‘financiero’ de capitales, es decir, el realizado a través de operadores bancarios o de otros intermediarios financieros. Efectivamente, el blanqueo financiero de capitales ‘desarrolla una función esencial en el crecimiento de todos los demás mercados ilegales, ya que la separación de los fondos líquidos de su origen ilícito consiente su reinversión, que de otro modo resultaría imposible. El blanqueo financiero de capitales desempeña además un papel multiplicador del volumen de la actividad que revierte en sujetos criminales’, es decir, de la que antes hemos definido en su conjunto como economía criminal (o más genéricamente ilegal)”. (Foffani. 2001. Pp. 61).

Incluso, también se afirma (Arias. *Ob. cit.* Pp. 218-9) que se está ante comportamientos de blanqueo de capitales cuando la libertad de acceder al mercado unida al poder económico adquirido mediante el uso de los capitales ilícitos posibilite el control parcial o total de instituciones bancarias y no bancarias, de manera que condicione el cumplimiento de las funciones que éstas están llamadas a desplegar en el mercado financiero y bursátil; pues en estos casos primará el interés de blanquear capitales y no el de la obtención de un mayor rendimiento económico, de una eficiente distribución del ahorro, de los riesgos, etc.

En este orden de ideas, señala Arias (cit. Pp. 219-20) que para poder imputar el injusto en este delito, es requisito indispensable que:

“... al momento de incorporación de las ganancias ilícitas se usen los instrumentos, instituciones, intermediarios, etc., proporcionados por el sistema financiero, de manera que se alcancen algunas de las siguientes situaciones: a) Que la generación de liquidez, la solvencia, la renta y el capital de los agentes económicos y de los intermediarios financieros que participan en el mercado estén condicionadas, sujetas o vinculadas a las ganancias obtenidas a partir de la realización de las conductas delictivas; b) Que la obtención o el uso de ganancias de origen ilícito sean idóneos para alterar la formación de los precios en el mercado bursátil; c) El acceso al control total o parcial de las instituciones financieras –sobre todo, las bancarias- mediante el uso de dinero de origen ilícito, de manera que ellas pueden ser instrumentalizadas para fines distintos a los establecidos, impidiendo o perturbando el cumplimiento de los objetivos que deben alcanzar, y poniendo en riesgo no sólo el patrimonio de los ahorradores, sino al sistema económico en su conjunto.

Tales eventos ostentan las condiciones para ser clasificados dentro del conjunto de hipótesis que impiden o perturban el correcto y normal funcionamiento de los ‘mecanismos financieros y bursátiles’, en detrimento de todos los objetivos que se persiguen en los procesos de la conversión del capital en renta y de la renta en capital”.

Como se colige de la cita copiada, esta tesis sostiene que dentro del orden socioeconómico, la solvencia, integridad y estabilidad del sistema financiero se

vería seriamente lesionada cuando ingresan capitales provenientes de actividades delictivas con el fin de ser éstos legitimados.

No cabe duda de la gravedad que implica la conducta de tratar de integrar al sistema financiero capitales provenientes de actividades delictivas, esto es lesivo incluso cuando esta integración no tenga por finalidad propiamente una actividad de blanqueo, sin embargo, consideramos que este no puede ser el bien jurídico protegido por el delito en estudio, por varias razones que pasamos a enumerar de seguidas.

En primer lugar, debemos destacar que no está probado –y en efecto esta prueba sería muy complicada- que la integración de dinero proveniente de actividades ilícitas genera daño o inestabilidad al sistema financiero en forma independiente a como lo haría el dinero que proviene de cualquier actividad de lícito comercio. En efecto, los problemas que son generados por el dinero a ser legitimado dentro del sistema financiero y bursátil, no son diferentes a los que produce el dinero lícito.

En segundo lugar, no se debe olvidar que si bien la normativa interna que persigue el blanqueo o legitimación de capitales es producto de la recepción de los convenios internacionales sobre la materia, consecuencia precisamente de la actual globalización económica, los daños producidos por los capitales producto de actividades delictivas es tan remoto que no justificaría, en todo caso, su protección por el Derecho penal. En este sentido la doctrina ha precisado:

Teniendo en cuenta estas consideraciones en la normativa internacional, es lógico que algunos consideren que el tipo de blanqueo busque proteger un sistema financiero estable y sólido en la medida en que los Códigos penales han realizado una copia casi textual de la regulación internacional. Sin embargo, según Abel Souto, la pérdida de confianza en el tráfico mercantil o la deformación que pueda generarse del equilibrio de mercado, afectando la solidez y la estabilidad del sistema financiero, no son daños inmateriales que ocurren de forma directa sino remota. Además, no se ha justificado cabalmente por qué la utilización de dinero ilegal en el sistema financiero puede afectar la confianza pública. Por tal motivo, deducir que la solidez y la estabilidad del sistema financiero sería el bien jurídico protegido por los Códigos penales de España y Colombia, conllevaría la consagración de un bien jurídico ficticio, difuso y nebuloso respecto al tipo de blanqueo. (Arias Merlano. 2015. Pp. 88).

En efecto, se encuentra tan difuso y alejado del daño concreto al bien jurídico que se pretende proteger con este delito, si se considera la estabilidad del sistema financiero como objeto de tutela, que no se justifica bajo estos parámetros la protección del Derecho penal, lo cual obliga a descartar éste como bien jurídico tutelado por el delito en estudio.

En tercer lugar, es necesario reconocer que no es sano que una economía se contamine con dinero producto de actividades delictivas, sin duda a esta conclusión llegarían todos los tratadistas, pero tal como lo ha reseñado un sector muy autorizado de la doctrina –antes citada- es peor y más dañino aún que estos capitales permanezcan en la clandestinidad y fuera del sistema financiero, toda vez que mientras más ocultos se encuentren más daño pueden desatar al momento de utilizarse con fines delictivos, incluso cuando desistan de su pretensión de legitimarse y encuentren más bien su utilidad en el financiamiento de actividades terroristas o de tráfico de drogas ilegales.

Finalmente, debemos concluir con Abel Souto (ob. cit. Pp. 74-5) que “el entendimiento de que la confianza en la solidez y estabilidad del sistema financiero desempeña el papel de bien jurídico en el blanqueo nace viciado de petición de principio. En efecto, nos hallamos ante una argumentación circular, ya que, en palabras de VOGEL, ‘previamente habría que justificar por qué la utilización de bienes –aunque ilegales- en el sistema financiero *legal* debe afectar aquí la confianza’.”.

1.4- La Hacienda Pública como bien jurídico protegido;

La Hacienda Pública también es con mucha insistencia entendida por la doctrina como el bien jurídico protegido por el delito de legitimación de capitales, toda vez que ésta es una de las principales afectadas con la ocultación o clandestinidad de los bienes producto de actividades delictivas.

Así, tal como se dijera con anterioridad pero que se debe ratificar ahora, siguiendo a Bajo Fernández (2009. Pp.13) “por blanqueo de dinero entendemos una *estratagema por la que un sujeto poseedor de dinero sustraído al control de las Haciendas públicas, lo incorpora al discurrir de la legitimidad, ocultando la infracción fiscal implícita y, en su caso, el origen delictivo de la riqueza*. Por tanto, el lavado o blanqueo de dinero es una actividad que debe ser promocionada desde todos los puntos de vista por los poderes públicos, ya que coincide exactamente con el objetivo de la labor inspectora de todos los mecanismos de inspección económica de un país; la inspección de la Agencia Tributaria, la inspección del Trabajo, etc.”.

Como ha sostenido un sector de la doctrina y cuya aparente conclusión no es difícil de compartir, es más beneficio que los capitales salgan a la luz y puedan ser descubiertos por las autoridades competentes, a que se mantengan ocultos y puedan generar daños mayores a los que podrían generar al incorporarse al circuito económico. Ahora bien, mientras estos capitales están ocultos no pueden tributar, lógicamente, sin embargo, al salir de la economía sumergida se plantea la gran interrogante si estos deben o no ser gravados por la Hacienda Pública, asunto sobre el cual se presentan dos posibilidades teóricas que pasamos a desarrollar.

Una primera teoría, la cual es seguida por la casi totalidad de los tributaristas, afirma que estos capitales deben tributar, toda vez que en razón del principio del *non olet*, éstos se gravan como cualquier ganancia lícita. Así, sobre este punto se precisa que las ganancias ilícitas sí deben tributar porque de otra manera se atentaría contra los principios constitucionales de capacidad contributiva y de igualdad. El hecho de que la Constitución imponga al ciudadano el deber de contribuir al sostenimiento del gasto público conforme a su capacidad contributiva, no podría excluir la ganancia ilícita de tributación porque con dicha ganancia el autor del delito aumenta su capacidad contributiva (Soler. 1995. Pp. 15).

Por su parte, otro sector de la doctrina, en esta misma tónica, precisa lo siguiente:

“El principio del Non Olet (no huele), a pesar de su origen injusto, resume en su enunciado la independencia del Derecho Tributario frente a las demás ramas del Derecho aparte de poner de manifiesto una de las más categóricas, en nuestro criterio, expresiones del Principio de Igualdad, en los términos expresados supra. No toda la doctrina ha estado de acuerdo con esta situación, fundamentalmente por reparos de orden moral.

(...)

En nuestro criterio, y en ello somos contestes con la gran mayoría de la doctrina, las actividades ilícitas y/o inmorales deben recibir el mismo tratamiento fiscal que aquellas que están recubiertas del manto de la ilegalidad, conclusión de la que derivaremos su importancia más adelante. Tal aserto por nuestra parte viene de la reconocida, aunque no sin sus críticas, autonomía del Derecho Tributario, ya que esta ciencia del derecho responde a un fenómeno particular de ella, aunque no exclusivo, como bien dice Jarach, que no es otro que el de la interpretación económico-jurídica del Derecho Tributario. El Derecho Tributario descansa sobre la base de la medición de la capacidad

contributiva de los integrantes de una sociedad determinada. Así, al Derecho Tributario sólo le concierne aquella fase de la actividad humana que produzca determinada habilidad para sufragar los gastos públicos. Distinguir en estos casos las actividades lícitas de las criminosas o contravencionales, aunque a simple vista pareciese 'justo', por la errada creencia de que la imposición 'legítima' o 'legaliza' el ejercicio de las conductas innobles, constituye una enorme desigualdad, puesto que somete a quien se enmarca dentro de la legalidad al sacrificio de pagar los gastos del Estado, mientras que quien actúa al margen de la Ley queda, por dicho efecto, premiado". (Weffe. 1998. Pp. 14-5).

En estos términos se afianza la gran mayoría de los autores tratadistas del Derecho tributario, los cuales dan preeminencia a los principios de capacidad contributiva, igualdad y generalidad de la tributación, sobre los postulados del Derecho penal, en especial a aquellos que regulan las consecuencias jurídicas del delito, en especial al comiso y la confiscación de los bienes producto de la comisión de hechos punibles.

Otro sector, por su parte, predica una tesis radicalmente diferente a la postulada por los partidarios de la autonomía del Derecho tributario, defendiendo que estas ganancias provenientes de actividades ilícitas no son sujetas a la tributación, y en su lugar, deben necesariamente ser objeto de confiscación o comiso, según corresponda conforme los postulados del Derecho positivo.

Así, Bacigalupo (2002. Pp.22) sostiene que "existe a (su) juicio una razón de carácter ético consistente en que no se puede convertir de este modo al Estado en *receptor* o '*partícipe*' del delito de que proceden las ganancias ilícitas, permitiéndose ingresar en concepto de tributos dinero ilícitamente obtenido por un ciudadano en su patrimonio. Sin duda alguna, este es el punto neurálgico de la cuestión: se trata de si el Estado está moralmente legitimado para exigir una participación en los beneficios ilícitamente obtenidos, es decir, para convertirse, por esta vía, en receptor de los beneficios del delito".

Continúa la autora citada reforzando su tesis en los términos siguientes:

"En efecto, si el Estado, aunque sea bajo el pretexto de respetar el principio de igualdad, considera que las ganancias derivadas del delito deben quedar sometidas a los deberes del artículo 31 de la Constitución, debería explicar qué diferencia existe entre su pretensión y la

receptación o el blanqueo de capitales realizados por cualquier ciudadano. Se quiere decir con esto, que el Estado realizaría conductas que reprime cuando las ejecutan los ciudadanos sometidos a la Ley penal. Precisamente, la razón que la Ley encuentra en el castigo de los delitos de receptación y blanqueo de capitales es, probablemente, similar a la esgrimida para que el Estado considere objeto de tributación las ganancias derivadas de un delito, o sea, no permitir ocultar o encubrir el origen ilícito de las mismas dando una apariencia de legalidad a dichos ingresos, es decir, el delincuente no se aproveche de los efectos del delito y, en este caso concreto, que no se enriquezca de forma ilícita.

Todo ello demuestra, a mi juicio, que estamos ante un planteamiento equívoco de la cuestión. Con la finalidad de que el delincuente no se aproveche de los efectos de un delito (por ejemplo, malversación o cohecho) no se debe recurrir al sometimiento de tales ganancias a tributación, admitiendo en caso de infracción del deber fiscal, la comisión de un delito fiscal. Lo correcto sería recurrir al decomiso y, en todo caso, a la multa por el delito que generó la ganancia, al tiempo que se debe disponer de la responsabilidad civil derivada del mismo delito. Considerar que el delincuente comete delito fiscal y exigirle el pago de la cuota defraudada es convertir al Estado en receptor sin ninguna necesidad". (ob. cit. Pp. 223).

Este es el fundamento principal para rebatir la posibilidad de gravamen sobre ganancias ilícitas, argumentando que el Estado se convierte en receptor al exigirle tributar al que obtiene enriquecimientos ilícitos.

Ahora bien, este problema debe resolverse atendiendo, fundamentalmente y como lo señala Bajo Fernández, a la función que cumple el tributo en el Estado Social de Derecho y la importancia que tiene el sacar a flote las ganancias que se encuentran sumergidas y ocultas, atacando directamente diversos bienes jurídicos. Y esta solución tiene una muy sencilla explicación jurídica que a su vez demuestra como el delito de legitimación de capitales no protege a la Hacienda Pública.

Se debe partir, en primer lugar, que es obvio que si al delincuente se le permite tributar y regular su situación sin perder todo lo producido por su industria delictiva, tendrá un aliciente mucho mayor que si al momento de castigarlo lo único seguro

será la pérdida de todo su patrimonio, por tal razón se debe evaluar, cuál de las soluciones le sirve más a la política criminal, es decir, cómo se debe atender el problema para que se alcancen los objetivos asignados al Derecho penal. No tiene ningún sentido plantear una solución moralmente adecuada y políticamente defectuosa, en su lugar, la solución debe ser contraria.

Desde luego, no se propugna una especie de amnistía abierta y que cubra el origen de cualquier tipo de delito, por supuesto que no, pero tampoco se debe partir que toda ganancia ilícita es absolutamente reprochable y por lo tanto solo cabe el comiso, la multa y la responsabilidad civil para despojar al infractor de su patrimonio, tal solución además de desproporcionada, no ayuda a las metas fijadas al Derecho penal por la política criminal.

En segundo lugar, no debe pasarse por alto que la aplicación de cualquier sanción requiere el cumplimiento impretermitible de un procedimiento previo, bien sea administrativo o jurisdiccional, a los fines de garantizar el derecho a la defensa del supuesto infractor, y durante ese procedimiento, podría ocurrir y de hecho ocurre, que por vicios formales el infractor resulte absuelto y no solo no sea objeto de comiso o multa de los bienes incautados, sino que, por si fuera poco, tampoco debería tributar sobre esas ganancias. Obviamente que esta es una de las inconsistencias más graves que presenta la tesis de la no tributación sobre ganancias ilícitas y la cual exige la aplicación del comiso y la multa en su lugar.

Hechas las anteriores consideraciones, se debe cerrar este capítulo concluyendo que el delito de legitimación de capitales no protege al orden socioeconómico por las razones que han sido previamente expuestas, pero que queremos ratificar en palabras de Fernández Molina (Ob. cit. Pp.12):

“En resumen, el blanqueo no es un delito contra los diferentes aspectos del orden socioeconómico, lo que no quiere decir que no puede afectar negativamente a algunos, como también puede hacerlo positivamente — este es, como vimos, el caso de la hacienda pública—. Su desvalor tiene que ver con algo mucho más grave que asegurar la competencia en igualdad de condiciones o favorecer el tráfico lícito de bienes, algo que una buena parte de las actividades de blanqueo favorecen más que lo que dificultan. Lo malo del blanqueo no es traer a la economía legal el fruto ilegal del delito, sino como en seguida veremos, lo que esta actividad favorece la acción delictiva”.

Precisamente este punto lo queremos vincular con el capítulo siguiente, en el sentido de que se debe analizar si el delito de legitimación de capitales protege a la Administración de Justicia, al quedar descartada la tutela del orden socioeconómico, ello en razón que como lo afirma Martínez-Buján Pérez (2002. Pp. 323) “el concepto de ‘orden económico’ no sirve para designar, en rigor, un bien jurídico directamente protegido en sentido técnico, ni siquiera en el caso de los delitos económicos en sentido estricto. De ahí que, a los efectos de interpretar la figura del blanqueo, resulten insuficientes las meras referencias a dicho orden sin mayores especificaciones”.

CAPÍTULO 2

LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA COMO OBJETO DE TUTELA POR EL DELITO DE LEGITIMACIÓN DE CAPITALES

La Administración de Justicia constituye una de las funciones primordiales que debe cumplir todo Estado de Derecho, su inclusión como bien jurídico radica en la importancia que ésta representa para el logro de la paz social. No en vano Carrara (citado por Cantarero. 1995. Pp. 18) justificaba la inclusión de los delitos contra la Administración de Justicia en que la razón de ser de la sociedad civil y su sostén es la Justicia pública y manifestaba que tal cometido necesita de una adecuada tutela jurídica que no puede satisfacerse sin la existencia de un orden extrínseco de justicia superior a todos los ciudadanos.

Tal como señalaba Carrara (Cantarero. *ob. cit.* Pp. 19-20), la justicia en sentido jurídico puede sustentar tres grandes sentidos: a) en *sentido abstracto*, la justicia se percibe intelectualmente como una mera idea que expresa un orden supremo definidor de lo justo y lo injusto que determina las relaciones entre los hombres. Desde este punto de vista, la justicia significa derecho a castigar como fundamento de un orden ideal, divino, superior; b) En un *sentido concreto*, la palabra justicia tendría un significado tendente a clarificar la aplicación de ese ideal a un hecho humano determinado. Aquí tendría cabida ya el concepto de acción como ilícito penal definido entre las categorías de la Teoría General del Delito. Los postulados de una ley emanada y aplicada según los principios de legalidad penal se concretarían a un hecho y a su autor en el ejercicio de, precisamente, la justicia; y c) El *tercer sentido* participa de los dos caracteres anteriores. Es un sentido abstracto y también concreto, desde el momento en que toma en consideración, junto a la idea metafísica de la justicia, los modos y la forma en que se desarrolla su aplicación, esto es Justicia es aquel ordenamiento con el cual el Estado, a través de sus leyes, crea unas instituciones en las que coloca a determinados sujetos para que, mediante actos y formas determinadas, conviertan en prácticos los preceptos legales, conviertan en concreto lo que en la ley se expresa en forma abstracta y hagan la Justicia según Justicia allí donde la necesidad lo requiera.

Por lo tanto, es posible entonces aproximarnos a una inicial definición entendiendo a los delitos contra la Administración de Justicia como aquellos actos con los cuales se agrede a las instituciones de la justicia, ya sea en su reconocimiento o en sus actuaciones, o el ataque a la institución en sí misma considerada. (Cantarero. *ob. cit.* Pp. 20).

Desde luego que esta definición, tan omnicomprendiva, si bien nos permite aproximarnos a una definición de delitos contra la Administración de Justicia, no es suficiente para perfilar adecuadamente en qué casos se podría lesionar el bien jurídico protegido, por lo tanto, es necesario tratar de delimitar en la mayor medida de lo posible, el alcance del bien jurídico en estudio.

En busca de este propósito, se debe partir en que la Administración de Justicia presenta dos puntos fundamentales en los cuales esa función puede verse lesionada, así, se podría lesionar a la Administración de Justicia en sentido orgánico, entendiendo en este caso al conjunto de órganos públicos encargados de administrar justicia (los tribunales de justicia en concreto), o también se podría lesionar el desarrollo del proceso y el alcance de las decisiones judiciales, bien evitando el desarrollo del proceso (con el delito de la falso testimonio, art. 242 del Código Penal o prevaricación, previsto en el art. 250 *ejusdem*), o evadiendo una condena impuesta legítimamente (art. 259 con el quebrantamiento de la condena) o evitando la persecución y castigo del delito (el encubrimiento previsto en el artículo 254 *ibídem*).

En este caso, si bien la doctrina no es pacífica en cuanto al alcance de uno y otro tipo de lesión a la Administración de Justicia, si es más conteste en cuanto al tipo penal que se protege con los delitos referidos bien a la Administración de Justicia en sentido orgánico (delitos contra los Poderes Públicos) o a la Administración de Justicia en sentido estrictamente funcional (delitos contra el desarrollo del proceso y la ejecución de las condenas judiciales). Así, el tratadista Guardiola García (2003. Pp. 200-1), precisa en cuanto a este punto:

“...otros buscan ese elemento que dote de contenido al bien jurídico estudiado en la referencia al poder judicial, al que la ‘Administración de Justicia’ serviría de soporte material. Y con ello, a mi juicio, equivocan el camino: el poder judicial como poder del estado no resulta protegido por las normas del título XX del CP, sino por los ‘Delitos contra la Constitución’, creo que el objeto de tutela es sustancialmente diverso en ambos títulos.

Más encaminada, a mi entender, resulta la dirección emprendida por quienes señalan que la ‘Administración de Justicia’ que recibe tutela penal en esta sede debe ser entendida como administración-función, esto es, que lo que se protege son los presupuestos del recto ejercicio de la *función jurisdiccional*. Se recaba así la cobertura que el reconocimiento de la potestad jurisdiccional por el art. 117 CE otorga, insistiendo en que como tal potestad sólo tiene sentido en su función de tutela de los derechos de los ciudadanos”.

En este sentido, es evidente de que las conductas que de alguna manera impiden la persecución y castigo de los delitos, constituyen en primer término una lesión al bien jurídico Administración de Justicia, sin perjuicio, claro está, que puedan lesionarse conjuntamente otros bienes jurídicos y constituir dicha conducta un delito complejo o pluriofensivo. Por otro lado, no cabe duda que los ataques a la Administración de Justicia como complejo orgánico, están protegidos por el Título I, Capítulo II del Código Penal, referido a los delitos contra los poderes nacionales y los estados.

Sin embargo, si se presta atención a la redacción que presenta el artículo 35 de la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo, se puede observar que la intención del legislador orgánico fue precisamente la de evitar, sobre todo, la impunidad del delito previo y el provecho que obtendría el delincuente con el producto de los bienes legitimados. Ciertamente, no puede negarse el gran parentesco que presenta este delito con el encubrimiento. Si se atiende a la definición de encubrimiento que hace nuestra doctrina, será fácil percatarse de tal afirmación. Así, Grisanti Aveledo (2015. Pp. 755) define al encubrimiento en los siguientes términos:

“El delito de encubrimiento lo comete quien ayuda de cualquier modo al autor de un delito, bien favoreciendo su ocultación a fin de que pueda eludir la acción de la justicia, bien mediante la adquisición de las cosas que han sido objeto de aquél, ya haciendo desaparecer las huellas o elementos comprobatorios del hecho delictuoso con posterioridad a la comisión de éste siempre que no haya habido concierto anterior al delito, ni haya contribuido a llevarlo a ulteriores efectos”.

Igualmente, Mendoza Troconis (1989. Pp.209-10) precisa:

“Al incriminar el encubrimiento como delito contra la administración de justicia el legislador protege la lucha contra la delincuencia, castigando los obstáculos puestos al ejercicio o actuación de la justicia en lo penal o a la ejecución de las sentencias o a la actividad de los juicios. Este delito presenta dos fases: a) **encubrimiento personal**, en que incurrn **los que después de cometido un delito penado con presidio o prisión, sin concierto anterior al delito mismo i sin contribuir a llevarlo a ulteriores efectos, ayuden sin embargo a asegurar su provecho, a eludir las averiguaciones de la autoridad o a que los reos se sustraigan a la persecución de ésta o al**

cumplimiento de la condena, i b) encubrimiento real, que cometen los que en las mismas circunstancias **i de cualquier modo destruyan o alteren las huellas o indicios de un delito que merezca las anteriores penas**".

No cabe duda que el tipo penal de legitimación de capitales cabe perfectamente dentro de esta definición, y la doctrina ha destacado el inmenso parecido de estos tipos penales. Así, Vidales Rodríguez (1997. Pp. 90-1) afirma:

"Los inconvenientes señalados respecto del mantenimiento de las dos concepciones antes expuestas en torno a la determinación del bien jurídico –salud pública y orden socio-económico-, han provocado que algunos autores aboguen a favor de afirmar que el objeto de protección es la Administración de Justicia. Un argumento que propicia tal postura lo constituye el innegable parecido que guarda esta figura con el delito de encubrimiento. Al respecto, es de advertir que en ambos casos se trata de una conducta realizada con posterioridad a la comisión de un delito en el que no se ha tenido participación, pero del que se tenía conocimiento. Es más, la finalidad que rige el actuar tanto de quien legitima el capital como de quien encubre es coincidente al perseguirse o bien, la ocultación de la comisión del delito previamente cometido o bien, el auxilio al delincuente para que eluda su responsabilidad penal".

Por su parte, Molina Fernández (ob. cit. Pp. 13-14), también en esta misma línea, sostiene:

"El blanqueo de capitales, en la redacción que le da el Código y que lo aproxima al encubrimiento, -'ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos'-, responde a esta idea. Uno de los procedimientos más efectivos de persecución de la criminalidad que genera grandes cantidades de dinero consiste en seguir el rastro que este deje para llegar al delincuente (*'Follow-the-Money'*, en la expresión inglesa). El blanqueo provoca la pérdida de ese rastro y con ello contribuye de manera muy efectiva al encubrimiento del delito original.

Ahora bien, para atender ese flanco en la lucha contra la delincuencia ya existe el encubrimiento, y la cuestión entonces es si se justifica de alguna manera la creación de una figura al menos parcialmente coincidente con la ya existente.

Si la acción de encubrimiento fuera el único elemento relevante del desvalor de blanqueo, la respuesta sería negativa. Si el encubrimiento en su regulación actual no fuese suficiente para captar todos los casos de intervención postdelictiva propios de la criminalidad organizada, y creo que es así, debería ser bastante con reformarlo, sin crear figuras duplicadas que no hacen más que dificultar la labor judicial y generar inseguridad y posible infracción del *non bis in idem*. Pero, aunque la acción de encubrir es un aspecto muy relevante del desvalor de blanqueo, no es el único. Como en seguida veremos, el blanqueo tiene una capacidad lesiva añadida y de gran importancia, que justifica su tipificación independiente como figura multiofensiva. Por eso, el blanqueo de capitales no tiene espacio propio que ocupar dentro de los delitos contra la administración de justicia, sino que protege ese bien jurídico de la misma forma que lo hace el encubrimiento: impidiendo o dificultando la imposición de la pena a quien ha cometido un delito. En cuanto afecta a este bien jurídico y, obviamente lo hace, no es más que una modalidad de encubrimiento. Su especialidad reside en que no solo es esto...". (Subrayado fuera del texto citado).

Como se colige de las citas copiadas, la gran mayoría de los tratadistas que se han ocupado del punto bajo estudio, aceptan que el delito de legitimación de capitales presenta una gran similitud con el encubrimiento, indicando que, para entender el verdadero alcance del blanqueo, debe este entenderse como un delito pluriofensivo, punto que se desarrollará exhaustivamente en el último capítulo del presente trabajo.

Sin embargo, si se analiza con detalle el tipo básico del artículo 35 de la referida Ley, se podrá observar que el verbo rector del tipo hace referencia, principalmente, a la finalidad de encubrir u ocultar los bienes provenientes de un delito previo, punto fundamental para sostener que el bien jurídico protegido es muy similar al que protege el encubrimiento, y por lo tanto, la Administración de Justicia.

Desde luego que esta tesis, ya estudiada por la doctrina, categoriza al delito de blanqueo, a diferencia del encubrimiento, en que se requiere un *plus* para justificar la tipificación de este delito, asunto señalado muy claramente por Fernández Molina (ob. cit. Pp. 14 y ss.).

Señala este autor que el *plus* que prevé el blanqueo, radica en que se da, a diferencia del encubrimiento, una modalidad de participación delictiva muy amplia, la cual favorece la continuidad de la actividad delictiva y por lo tanto se lesionan, además, los bienes jurídicos que tutela el delito antecedente.

Es interesante esta tesis, a pesar que este punto será estudiado en el capítulo siguiente, sin embargo, si es menester hacer una breve transcripción de este punto para realizar un análisis más a fondo. Así, el referido autor afirma:

“El favorecimiento real y la receptación contribuyen directamente a la lesión del bien jurídico del delito base porque mantienen el estado antijurídico creado, y con ello agravan la lesión. El perista que compra la obra de arte robada contribuye directamente a que esta no vuelva a su propietario. Si el delito patrimonial se examina en toda su dimensión temporal, la lesividad procede de la acumulación de las acciones del delincuente original y los que mantienen la situación antijurídica. En el blanqueo, salvo cuando el delito del que procede el capital sea, como en la receptación, un delito patrimonial o contra el orden socioeconómico, esto no se da. Pero sí lo segundo: la creación de un contexto favorecedor de delitos. (...) la legalización del dinero procedente del delito comporta que pueda ser reinvertido en la comisión de nuevos delitos. Una parte sustancial del dinero generado por el tráfico sirve para reinvertirlo en nuevas operaciones. Ahora bien, no puede olvidarse que la capacidad para financiar delitos procede ante todo de la disponibilidad inicial de los fondos a consecuencia del delito previo, no de su posterior blanqueo. Es más, en no pocos casos la financiación de delitos –cohechos o corrupciones de todo tipo, asesinatos, lesiones, amenazas, etc., es más fácil con dinero opaco que con dinero blanco, cuyo control es más fácil. Por eso, solo puede atribuirse al blanqueo la promoción de aquella parte de la financiación de nuevos delitos que solo puede hacerse con dinero blanqueado.

También en este caso estamos ante participación en sentido amplio. Hay una promoción genérica de nuevos delitos en la medida en que es un hecho constatable

que quienes se han lucrado con el delito, en una buena medida utilizan lo ganado para financiar nuevas acciones delictivas. Por ello, poner grandes cantidades de dinero lavado en sus manos facilita su actividad delictiva, con lo que encaja en la categoría de la intervención coordinada genérica que caracteriza a la participación en sentido amplio.

En conclusión, el blanqueo es una actividad compleja, multiofensiva, que provoca dos tipos de efectos disvaliosos: por un lado es encubrimiento (...) y afecta a la administración de justicia en su vertiente vinculada a los fines de la pena, que son la satisfacción de los sentimientos de justicia y la prevención de futuros delitos, por otro lado, es participación en sentido amplio, es decir, participación solo genéricamente coordinada en: 1) los delitos de los que procede el dinero blanqueado y que no hubieran podido cometerse sin el blanqueo. Crea un contexto fértil para la proliferación de delitos de tráfico de drogas, trata de personas, terrorismo, etc. Y con ello sirve a la protección de los bienes jurídicos básicos que se encuentran detrás de estos delitos". (Fernández. Ob. cit. Pp. 14-5).

Como se colige de la cita copiada, el autor pone de relieve la importancia que tiene el blanqueo respecto a su similitud con el encubrimiento, y sin duda alguna esto es así. El blanqueo de capitales permite o de alguna manera contribuye con la impunidad de los delitos previos que dieron origen a los bienes a ser legitimados, razón por la cual, como lo afirma la mayoría de la doctrina, es cierto que se afecta directamente a la Administración de Justicia, impidiendo sobre todo que se cumplan los fines preventivos generales de la pena en el Derecho penal.

Incluso, como señala Cantarero (ob. cit. Pp. 37) siguiendo a Antolisei, hay delitos cuyo bien jurídico consiste precisamente en garantizar el *normal* desarrollo de la Administración de Justicia, entre los que se destacan aquellos que impiden que la "autoridad judicial esté en condiciones de promover la acción penal a través de la *notitia criminis* por parte de aquel que tiene el deber de proporcionarla". Evidentemente que quien se encarga de legitimar bienes y capitales no está en el deber de proporcionar ninguna información, más aún si dicha información sería apta para comprometerlo penalmente, pero sí contribuye, con las actividades de blanqueo, a la impunidad de todos los delitos previos, ocultando sus fuentes, rastros, proventos, etc., y en consecuencia lesionando directamente al bien

jurídico Administración de Justicia, de allí que su similitud con el encubrimiento es sumamente visible.

Ahora bien, cabría preguntarse entonces cuál sería la justificación para crear un tipo penal similar al encubrimiento que viene a complicar la persecución y el castigo de los delitos previos. La respuesta a este punto la debemos buscar, más allá de la interesante tesis de la continuidad en la participación criminal expuesta por Molina Fernández, antes citada, en la importancia que en la persecución contra la delincuencia organizada tiene la tipificación de este delito, y su consecuente persecución y castigo.

En efecto, según la Convención de Palermo contra la Delincuencia Organizada del año 2000, los fines en ella previstos se limitan sobre todo a alcanzar dos puntos que se consideran esenciales para enfrentar este tipo de criminalidad, a saber: a) el intento de uniformidad de los sistemas jurídicos nacionales para evitar el bloqueo de la asistencia mutua requerida para enfrentar estos delitos; y b) el establecimiento de normas domésticas de manera que se pueda combatir eficazmente la delincuencia organizada. Y en este tipo de normas se prevé expresamente el delito de legitimación de capitales, en su artículo 6, en redacción muy similar a la del artículo 35 de la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo.

Y allí sin duda radica la importancia de la tipificación penal del delito de legitimación de capitales, facilitando la persecución transnacional de las organizaciones delictivas que lo promueven y agilizando la colaboración entre países que lo sufren, en cualquiera de las tres fases que lo componen. Considero que allí está el *plus* exigido al cual antes se hizo referencia, toda vez que no hay duda que el delito de encubrimiento no sería jamás suficiente para una eficaz persecución penal de este delito y de las organizaciones criminales que lo ejecutan. Y tal regulación tiene su razón de ser en que las organizaciones criminales tienen también objetivos no económicos en el desarrollo de sus actividades ilícitas, tal como acertadamente lo ha señalado la doctrina, a saber:

“Desde principios de los setenta, THOMAS SCHELLING argumentó que la diferencia crucial entre crimen ordinario y organizado es que el segundo busca el gobierno y control de la totalidad de la estructura económica del bajo mundo. Sólo en el crimen organizado se busca un área, geográfica o económica, recoger tributos e imponer regulaciones sobre los negocios, ilegales o legales. De acuerdo con lo anterior, el núcleo de actividades del crimen organizado está relacionado con los mercados ilegales no porque

se busque control sobre la producción y la distribución en esos mercados sino porque en las actividades ilegales no existe la posibilidad de acudir al Estado para proteger derechos, hacer cumplir acuerdos o resolver conflictos. En ese sentido, la idea de crimen organizado de SCHELLING es la de un gobierno, o protector, del mundo ilegal que establece y hace cumplir sus propias reglas de juego. Esta es esencialmente la misma propuesta de DIEGO GAMBETTA (1993) quien ofrece una visión del mafioso como el individuo que supervisa los intercambios y protege los acuerdos”. (Piva y Granadillo. 2015. Pp. 23-4).

Y cuando estas organizaciones criminales logran construir una estructura que les permite no solo continuar impunemente con sus actividades delictivas, sino también blanquear el producto de sus crímenes, se lesiona principal y fundamentalmente la Administración de Justicia, al verse ésta impedida de efectuar la persecución de los delitos y así cumplir con los fines que la pena tiene en el Estado social y democrático de derecho.

Es por eso que gran parte de la doctrina ha identificado a la legitimación de capitales con el encubrimiento, en razón que la finalidad que persigue la tipificación de ambos delitos –aunque a diferente escala- es similar. Ambos propugnan que los partícipes en los delitos previos no reciban ningún tipo de ayuda para escapar a la acción de la justicia, a los fines que sean castigados y la pena cumpla de este modo su finalidad preventiva general. Pero en la legitimación de capitales, a diferencia del encubrimiento, es muy posible que nos encontremos ante organizaciones transnacionales, razón por la cual la cooperación entre países es fundamental para el éxito de la política criminal fijada. Así lo destaca la doctrina, afirmando:

“La necesidad de recurrir a la cooperación internacional radica en que nos encontramos en una era en la que el Estado, de base eminentemente territorial, está siendo eclipsado por actores no territoriales, tales como corporaciones multinacionales, movimientos sociales transnacionales y organizaciones intergubernamentales. Es más, incluso en algunos países la autoridad del Estado está siendo suplantada por el crimen organizado, fundamentalmente ligado al narco-terrorismo, ejemplo México, Colombia. Reconociendo esta circunstancia, los problemas criminales han sido considerados como una prioridad

en la política internacional. Estos problemas criminales surgen frecuentemente de redes internacionales que operan fuera del control de la soberanía de una nación. La naturaleza de estas redes hace difícil a una nación actuar unilateralmente para combatir estos delitos". (Piva y Granadillo. *Ob. cit.* Pp. 91).

En este punto radica, sin duda, ese *plus* que exige la tipificación, como delito autónomo de la legitimación de capitales, protegiendo el mismo bien jurídico que el encubrimiento, pero a una escala mucho mayor, porque mucho mayor son los criminales que deben, en este delito, perseguirse. No en vano el profesor Bottke precisa:

"Criminalidad organizada significa la criminalidad de varios miembros de la sociedad, que más que para un hecho concreto, se asocian generalmente por tiempo indeterminado y organizan su actividad criminal como si fuera un proyecto empresarial. La criminalidad que produce beneficios es la criminalidad organizada 'industrial'; su lema es: 'Delinquir merece la pena en el mercado'. Así como el mercado rebasa progresivamente las fronteras del Estado nacional e incluso se 'globaliza', también el elemento de la criminalidad organizada es la transgresión de las fronteras de los Estados nacionales. Teóricamente, los sectores comerciales de la criminalidad organizada son todos los ámbitos de la actividad lucrativa. Donde la demanda reclama a la oferta con dinero, la disposición a ofertar hace acto de presencia fácilmente. También la demanda de bienes y servicios, que son ilegales o desacreditados socialmente, encuentran predisposición a ser ofertada, si prometen grandes beneficios según la relación gastos-ingresos. (1998. Pp. 2).

Incluso, la jurisprudencia nacional ha destacado este punto. En efecto, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia ha establecido el carácter transnacional de este delito, sin embargo, su persecución y castigo se rige por el derecho nacional de cada Estado. Así, la referida Sala afirmó, en sentencia N° 348 de fecha 30 de agosto de 2012, lo siguiente:

"...en el caso del delito de legitimación de capitales, al igual que otros ilícitos transnacionales, se rige bajo la legislación interna de cada país,

siendo necesario para el seguimiento y penalización, la cooperación internacional. Evitándose que la actividad ilícita se escape de la oportuna y necesaria persecución penal, ya que de no ser así, redundaría en el mantenimiento e incremento de esta actividad ilícita en la comunidad internacional.

Circunstancia que justifica la inquietud de combatir y perseguir dicho ilícito, por tratarse de un delito grave, cuyo origen puede darse en una determinada nación, y sus efectos expandirse dentro del ámbito mundial. Con las consecuencias colaterales negativas que podría generar al no ser producto de actividades lícitas derivadas del adecuado control fiscal por parte de los Estados receptores”.

Desde luego, que la redacción tan amplia e incluso ambigua que presenta la Convención de Palermo y también nuestra legislación, no ayuda ni contribuye con la delimitación del bien jurídico protegido, pero tampoco se puede negar que dicha redacción es más una exigencia de los países del *common law*, con Estados Unidos a la cabeza, que una decisión de los países regidos por el Derecho continental. Ciertamente, en todas las legislaciones regidas por el Derecho codificado ha sido muy criticada la amplitud con la cual ha sido redactado el tipo penal del blanqueo de dinero o legitimación de capitales, afirmándose al respecto que “la redacción del tipo penal resulta sumamente vaga e imprecisa, pues además de sancionar las tradicionales conductas de adquisición, conversión y transmisión de bienes procedentes de una actividad delictiva, recurre a una cláusula abierta (‘realizar cualquier otro acto para ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes’), sin duda demostrando una voluntad de no dejar resquicio alguno en la represión penal del blanqueo de capitales”. (Gutiérrez Rodríguez. 2015. Pp. 2).

En efecto, la persecución que se pretende efectuar de este delito supone no dejar posibilidad alguna de que la conducta legitimadora quede impune ante la justicia, llegándose a cuestionar incluso la posibilidad de condena por legitimación de capitales para el caso que no exista condena por delito previo, y esto sí es un punto sumamente grave. Así, se afirma en la doctrina española –pero esas consideraciones son perfectamente trasladables hacia nuestro ordenamiento- que “el legislador parece apoyar la discutible línea jurisprudencial que señala que no es necesario para condenar por delito de blanqueo de capitales que exista una sentencia condenatoria por el delito previo (elemento objetivo del tipo), siendo suficiente con que el tribunal que enjuicia el blanqueo resulte convencido de su existencia”. (Gutiérrez Rodríguez. *Ob. cit.* Pp. 3).

Con base en estas consideraciones, es evidente –a nuestro juicio- que la tipificación de la legitimación de capitales, protege el mismo bien jurídico que el

encubrimiento, razón por la cual la Administración de Justicia es la que finalmente se protege al castigar este tipo de conductas.

Mención aparte merece el análisis del encabezamiento del artículo 35 citado, referido a la **posesión** de bienes *a sabiendas* que proceden de un delito, asunto que ha sido también muy discutido en la doctrina en razón de la no punibilidad del *autoencubrimiento*.

La Convención de Palermo en su artículo 6.e) señalaba que si los principios fundamentales del derecho interno de un Estado Parte lo requieren podría prescindirse de sanciones a los responsables del delito precedente.

“Han sido varios los autores que acertadamente han señalado que se produce en estos casos una vulneración del principio *non bis in idem*, al sancionar a una persona por actos que al menos en los delitos patrimoniales pertenecen a la fase de agotamiento del delito, llegando a consecuencias absurdas como castigar a quien ha sustraído un objeto por su mero uso (peor: posesión)”. (Gutiérrez Rodríguez. *Ob. cit.* Pp. 3)

Incluso, la doctrina también ha sostenido que el delito de blanqueo, por su estructura lógica, va dirigido a personas diferentes a las que participaron en el delito previo. Ciertamente, Quintero Olivares (2010. Pp. 2) afirma sobre este punto, lo siguiente:

“La desmesura de la legislación española da lugar a la aparente contradictoria necesidad de establecer criterios de selección en base a la indicación acerca del ‘origen’, puesto que no es jurídicamente riguroso zanjar la cuestión diciendo que todos los delitos pueden servir para integrar la tipicidad previa al blanqueo, pues el sentido común nos dice que eso no puede ser, y basta pensar en ejemplos como en el dinero del alzado o del quebrado, que claro está que hubieran debido emplearlo en otra cosa (pagar sus deudas) pero en ningún caso será un dinero que *proceda del delito*.”

Prescindiendo de esas variaciones sobre cuál había de ser el delito precedente, quedaba claro que el blanqueo de dinero es un delito ligado a la previa comisión de otros delitos, circunstancia cronológica que comparte con la receptación y, también, no lo olvidemos, con el favorecimiento personal y real, que aun siendo delito contra la Administración de Justicia ofrece más puntos de contacto con el blanqueo que el de receptación. La regulación legal que hasta ahora ofrece el artículo 301 CP muestra sin especiales esfuerzos interpretativos

que el destinatario de la conminación penal, o si se prefiere, el abstracto destinatario de la norma en términos de prevención general, es una persona diferente de la que ha conseguido dinero o bienes cometiendo un delito”.

En efecto, quien puede cometer el delito de legitimación de capitales sólo puede ser una persona diferente a aquella que cometió el delito previo, ello en razón no sólo del agotamiento de los efectos del delito precedente, sino también de un argumento que creo es mucho más contundente, el de la impunidad del autoencubrimiento.

A pesar que la doctrina refiere que ya alguna jurisprudencia ha señalado la impunidad del autoblanqueo, al haberse agotado los efectos del delito precedente (Del Carpio. 2011. Pp. 18), el fundamento más adecuado para defender la no punibilidad del autoblanqueo radica precisamente en la impunidad del autoencubrimiento.

Sin embargo, se debe advertir que en otras legislaciones se castiga expresamente el autoblanqueo, asunto que es muy criticado por la doctrina toda vez que se desfigura hasta extremos inaceptables el tipo penal. Sin embargo, la punición del autoblanqueo no es posible, toda vez que si se entiende –como se hace en este trabajo- que el bien jurídico protegido es la Administración de Justicia, la única forma de castigar penalmente al blanqueo es cuando éste se hace con la intención de ocultar o encubrir el origen delictivo de los bienes o capitales, y este ocultamiento debe ser realizado por persona distinta a aquella que comete el delito previo. Así lo entiende un importante sector de la doctrina, sobre la cual no es difícil compartir sus conclusiones, a saber: “Como se ve, para ser consideradas como blanqueo era necesario que cualquiera de las conductas que en este artículo se enuncian, se realicen para ocultar o encubrir el origen delictivo de los bienes, o ayudar a la persona que ha participado en la actividad delictiva a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos, es decir, las mismas finalidades que exige el art. 301. Puede observarse, que ni en esta Ley de carácter preventivo se consideraba blanqueo la mera adquisición de bienes de procedencia delictiva; ésta tenía que realizarse con las finalidades a las que nos venimos refiriendo”. (Del Carpio. 2011. *Ob. cit.* Pp. 24).

Por otra parte, también se debe destacar que la sanción de conductas de posesión o utilización por terceros, normalmente por familiares o allegados de las personas que han intervenido en el delito previo, conllevará por lo general una vulneración del principio de proporcionalidad o incluso de lesividad si se defiende que no existe bien jurídico que proteger en estos casos. Resulta imprescindible conectar

estas conductas con la existencia de un favorecimiento real (“ocultar o encubrir su origen ilícito”) o personal (“ayudar a la persona que haya participado en la infracción a eludir las consecuencias legales de sus actos”) y siempre que a esos terceros les sea exigible una actuación diferente. (Gutiérrez Rodríguez. *Ob. cit.* Pp. 4). En efecto, como señala la doctrina, la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito debe encontrarse presente en todos los comportamientos descritos por el tipo. (Conde-Pumpido. 2015. Pp. 10).

Ciertamente, la doctrina, comentando una importante sentencia del Tribunal Supremo español, señala en cuanto a este punto lo siguiente:

“Esta sentencia constituye, sin duda, un hito fundamental en la interpretación del delito de blanqueo de capitales y pone de relieve la necesidad de interpretar de forma restrictiva el tipo penal, para que no resulten vulnerados principios básicos como el de lesividad, el de proporcionalidad y el *non bis in idem*. Resulta acertado señalar que el mero disfrute de los bienes por el autor o incluso por terceros no debe ser una conducta punible; y ello en atención a dos consideraciones diferentes: para el autor o los intervinientes en el delito previo, porque sin duda estos actos forman parte del agotamiento de aquel delito; para los terceros, porque esas conductas no suponen un menoscabo del bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de capitales, pues no conllevan –ni tienen idoneidad para ello– una ocultación del origen de los bienes, ni se están incorporando al tráfico legal, ni se está dificultando la labor de la justicia en la detección de los bienes. De esta forma, las conductas de simple posesión o utilización quedarían fuera del tipo. Tan sólo cabría afirmar la tipicidad de los supuestos de testafierros que figuran como titulares formales o meros poseedores de los bienes para ocultar al verdadero titular”. (Gutiérrez Rodríguez. *Ob. cit.* Pp. 7).

Para concluir este capítulo, debemos afirmar que el bien jurídico protegido por el delito de legitimación de capitales lo constituye, fundamentalmente, la Administración de Justicia, toda vez que con su comisión, se impide la persecución y castigo del delito previo, favoreciendo la impunidad y por lo tanto, evitando que se cumplan los fines preventivos que cumple la pena en el Estado social y democrático de derecho. Asimismo, esta impunidad también pervierte al sistema de justicia incitando a la continuación de la comisión de los delitos y facilitando la reinversión de los frutos en nuevas actividades delictivas,

contribuyendo al aumento de la criminalidad, especialmente la criminalidad organizada, incluso transnacional. Finalmente, también se debe destacar que si se toma como bien jurídico protegido a la Administración de Justicia, se protegen de actividades ilícitas todas las fases de la legitimación, siempre que de alguna manera contribuyan con la impunidad del delito subyacente.

CAPÍTULO 3

LOS BIENES JURÍDICOS LESIONADOS POR EL DELITO PREVIO A LA LEGITIMACIÓN DE CAPITALES COMO OBJETO DE PROTECCIÓN

Como señala Arias Holguín (*ob. cit.* Pp. 195), el punto de partida de esta tesis, al optar por la teoría del mantenimiento –tradicionalmente defendida para explicar la lesividad de la receptación–, se concreta en entender que el blanqueo de capitales no hace sino mantener o incrementar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico que se vio ya afectado por el delito previo del que proceden los bienes.

Así pues, tal perspectiva valoraría la inclusión de este injusto (al decir de Arias Holguín. *Ob. cit.* Pp. 196) al lado de la receptación, no como un indicio de que el legislador ha optado por apelar a la teoría del aprovechamiento como fundamento de ambos delitos, sino, por el contrario, como una adhesión a la mencionada teoría del mantenimiento para explicar también el ilícito bajo estudio.

En este sentido, Abel Souto (*ob. cit.* Pp. 36) afirma que “la proximidad estructural del blanqueo con la receptación nos recuerda que en ella el contenido del injusto radica, fundamentalmente, en el mantenimiento de la situación patrimonial antijurídica creada a través de la infracción antecedente”.

Por otra parte, para un sector de la doctrina, “la legitimación de capitales afecta de modo alguno el objeto tutelado por la norma cuya infracción genera los bienes” (Piva y Granadillo. *Ob. cit.* Pp. 115). Estos mismos autores refieren que para Bajo y Bacigalupo, “la legitimación de capitales menoscaba el delito previo, de donde proviene el capital a legitimar”. (*Ob. cit.* Pp. 115).

Este punto no ha pasado desapercibido para un importante sector de la doctrina. En tal sentido, Fabián Caparrós (2006. Pp. 46) señala lo siguiente:

Ciertamente, cabe afirmar que los procesos de reciclaje atentan, siquiera de manera mediata, contra el objeto jurídico tutelado por la norma o normas de cuya previa infracción se derive la obtención de capitales. Así, podríamos aceptar que el blanqueo de fondos procedentes —por ejemplo— del tráfico de drogas supone un cierto perjuicio, aunque sólo sea indirecto o reflejo, a la salud pública, toda vez que la ocultación del origen ilícito de las rentas que de él derivan beneficia a quienes lo realizan, dificultando su persecución por parte del Estado y, por ello, animándolos a que la

conducta delictiva se repita. Como es obvio, tal atentado se manifiesta especialmente en aquellos casos en los que el encubrimiento es producto de un previo *pactum scæleris*, de manera que —siguiendo con el ejemplo— el potencial traficante conoce de antemano las facilidades con las que va a contar, así como las ventajas que de la comisión del delito va a obtener. Desde luego, el argumento puede potenciarse si nos hallamos ante casos de delincuencia organizada, en los que la legalización de capitales se convierte en elemento integrante del ciclo productivo, propiciando la permanencia de las actividades criminales al conseguir que las vías financieras internas al grupo se mantengan despejadas. Así las cosas, el refuerzo que ofrecería la penalización de este género de conductas a la tutela del bien jurídico vulnerado por el delito previo sería una medida de orden táctico, no estratégico, toda vez que iría dirigida fundamentalmente a neutralizar la operatividad del tráfico ilícito, más que a castigar actos de tráfico en el sentido más estricto del término.

En efecto, no cabe duda, tal como lo señala el tratadista antes citado, que la legitimación de capitales contiene, aun de manera mediata, una lesión al bien jurídico protegido por el delito base o delito previo. Esto lo destaca muy bien Fabián Caparrós, a pesar que no comparte la tesis de la lesión del bien jurídico previo que se cometería con este delito, debido a que en su criterio ello violentaría el principio de mínima intervención del Derecho penal e incluso el principio de lesividad, asunto que escapa al tema de investigación que ahora se desarrolla.

Sin embargo, es importante destacar que otro sector de la doctrina sostiene que esta lesión del bien jurídico se manifiesta a través de la teoría de la participación criminal, es decir, el legitimador de alguna manera sigue siendo partícipe del delito previo, y de este modo contribuye a su lesión, pero es necesario desarrollar con más detalle esta posición para comprender su utilidad en el estudio del bien jurídico que tutela el delito bajo estudio. Así, Molina Fernández (ob. cit. Pp. 6) afirma:

“Una vez que, tras la consumación material, la lesión del bien jurídico se haya producido de manera completa e irreversible, ya no es posible participar en el delito, de manera que cualquier acto posterior solo podrá ser en su caso, una conducta de encubrimiento de un hecho ya realizado, con un desvalor propio distinto del delito previo. De la misma manera, tampoco

en estos casos será posible ya un desistimiento omisivo o activo.

Pero nada impide participar en, ni desistir de, un delito en ejecución que todavía no está materialmente consumado, aunque ya esté formalmente consumada una fase previa. Naturalmente que en estos casos no se participa ni se desiste de la fase previa, que ya está terminada, sino del delito básico del que el otro no es más que una anticipación cuyo desvalor queda consumido en el delito más amplio.

Igual que el autor puede desistir de continuar con el hecho lesivo, pese a que la fase previa está formalmente consumada, un tercero puede sumarse a un *iter criminis* iniciado por otro con lo que se convierte en coautor, cooperador o cómplice del delito correspondiente al siguiente estadio. Esto no es, como es lógico, una participación en el delito ya formalmente consumado, pero sí una participación en el hecho delictivo principal, aunque, claro está, antes de su consumación. Como lo que finalmente importa es la lesión o indemnidad del bien jurídico, cualquier acto de contribución causal a dicha lesión es participación y no meramente un acto posdelictivo. Creo que esta idea en general no es problemática, por más que no siempre se extraen de ella las consecuencias que comporta”.

Vale decir que como el delito de legitimación de capitales no implica –a decir de Fernández Molina- la consumación total del delito previo, quien de alguna forma contribuye a blanquear los bienes procedentes de este delito es un partícipe y por tanto, lesiona el bien jurídico tutelado por este delito antecedente. En efecto, sostiene este autor:

“Pero también el comportamiento posdelictivo ajeno puede tener trascendencia. Si un tercero interviene después de que se consume un robo o un hurto, manteniendo la situación antijurídica creada por el delito original, está participando en un delito formalmente consumado y también materialmente, pero en relación con un bien jurídico de lesividad gradual. Si no me equivoco, el encubrimiento del numeral 1º del artículo 451 y la receptación, responden a esta idea. No son, ninguno de los dos, delitos contra la administración de justicia (...) sino ante todo hechos de lesividad primaria, pero de participación, aunque si se quiere, con las suficientes particularidades como para

justificar su tipificación independiente al margen de la figuras clásicas de la participación. No es, por ello, extraño que fueran consideradas en el pasado como formas de participación y que todavía hoy la doctrina acoja mayoritariamente la teoría del mantenimiento, que cifra el desvalor de la receptación en perpetuar una situación antijurídica iniciada por el delito previo y por ello clasifica a estos delitos entre los patrimoniales. A ellos añade una regulación legal que traslada a estos delitos instituciones características de la participación como fijar una penalidad vinculada en su límite máximo a la del hecho principal (arts. 298.3 y 452); exigir como elemento negativo no haber participado ni como autor ni como cómplice en el delito; hacer mención expresa de la accesoriedad limitada cualitativa; o negar el efecto eximente del parentesco con el autor del delito, a diferencia del favorecimiento personal.

(...)

Como se ha mencionado, la tesis que aquí se mantiene enlaza con las teorías clásicas que veían en el encubrimiento, al menos en alguna de sus modalidades, una forma de participación en el delito, y en gran medida también con aquellas, claramente mayoritarias, que cifran, en este punto correctamente, el desvalor del hecho de la receptación en el mantenimiento de una situación antijurídica contra el patrimonio, pero no presenta las dificultades de las primeras para superar el argumento lógico de que no es posible participar en un delito que ya está consumado, y por otro lado, frente a las segundas, ofrece un esquema explicativo en el seno de la teoría general de la participación que resulta científicamente más coherente y permite explicar, sin necesidad de estructuras teóricas añadidas, la relación accesoría, propia de la participación, entre el nuevo hecho y el delito base, así como la identidad del bien jurídico protegido en ambos". (*ob. cit.* Pp. 7-8).

Como se colige de la cita copiada, Molina Fernández entiende que en el delito de legitimación de capitales, se presenta –de una manera particular- un caso de participación delictiva de la persona que se encarga de blanquear los bienes. Esta participación delictiva es llamada participación en sentido amplio o genérica, lo cual explica precisando que “lo propio de la cooperación intencional específica es que el hecho ajeno es conocido y forma parte del plan propio, lo que permite su imputación (...). En la cooperación genérica no cabe esta imputación, porque el

hecho concreto ajeno no se integra en el plan de acción propio. Cabe a lo sumo una imputación genérica de contribución a acciones ajenas indeterminadas, pero no la imputación singular propia de la participación en sentido estricto” (*ob. cit.* Pp. 9).

Si se estima, tal como lo hace la mayoría de la doctrina, que el delito de legitimación de capitales es un delito de resultado cortado (Del Carpio. 1997. *Ob. cit.* Pp. 167), donde el “núcleo de la conducta típica no recae en exclusividad en la realización de actos de adquirir, convertir o transmitir los bienes de origen delictivo, sino que lo importante será que la realización de estos actos o ‘cualquier otro similar’ sea ‘para ocultar o encubrir su origen delictivo’ o ‘para ayudar a la persona que haya intervenido en los delitos previos a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos’ con el fin último de incorporarlos en el tráfico económico”, se podrá entender mejor esta posición de la participación en sentido amplio defendida por la doctrina ahora analizada.

Ciertamente, en el delito de resultado cortado, según Reyes Echandía (*ob. cit.* Pp. 105) el hecho es querido como causa puramente objetiva para la obtención de otras consecuencias que han de producirse por sí mismas. Desde el punto de vista de la política criminal, dice MAURACH, “la creación de los delitos de resultado cortado está justificada por la pretensión de legislador de trasladar el centro de gravedad de la defensa frente al infractor, a una etapa anterior a la del ataque. Son impaciencias del legislador que anticipa la sensibilidad del bien jurídicamente tutelado para que la conminación penal no se haga ilusoria, con lo que resulta sancionada una conducta antes de producir el daño apetecido”.

Bajo este esquema de análisis, podemos entender por qué se defiende que pueda darse el caso de participación en el delito previo, aun cuando este formalmente se haya consumado, o si se quiere, se hayan dado todos los pasos para su ejecución. Así, podría darse el caso –y de hecho se da- que el sujeto activo del delito de legitimación de capitales comienza a recibir los fondos provenientes de un delito previo que aún está en proceso de ejecución –por ejemplo, recibe dinero proveniente de operaciones de trata de personas, que aún se está ejecutando- y de esta forma permite así, la perfecta continuación del *iter criminis* y lesiona, de esta forma, el bien jurídico protegido en el delito previo.

A primera vista, desde luego que hay participación, si bien no como autor, si como partícipe, tal como lo entiende la doctrina. En efecto, Modolell (2014. Pp. 194) precisa:

“Partícipe es todo aquel que no es autor, por lo tanto, toma parte en el hecho sin que se le pueda imputar el hecho como propio o sin tener el dominio del mismo. El

tipo de participación es un tipo subordinado al de autoría, regido por el *principio de accesoriedad (limitada)*. Es necesaria la existencia de un injusto principal de autoría, para que el partícipe responda penalmente. En tal sentido, basta que el hecho principal constituya una conducta típica, no amparada por una causa de justificación, sin necesidad de que el autor sea culpable. Así, el adulto que ayuda al adolescente a cometer un delito respondería como partícipe del hecho, aunque la culpabilidad del adolescente esté en entredicho”.

Así, el sujeto encargado de legitimar los capitales provenientes del delito previo actuaría –según esta posición- como partícipe en el mencionado delito antecedente, al menos como cómplice, si no ha participado, claro está, como autor del mismo. Esta tesis, que fue originariamente seguida por la doctrina en las primeras configuraciones del delito de blanqueo de bienes, que entendía que el bien jurídico realmente protegido podía ser la salud pública (cuando la legitimación, en sus orígenes, provenía del tráfico ilícito de drogas) o la seguridad interior. Ciertamente, Abel Souto (Ob. cit. Pp. 40-1) sostiene, correctamente, que si bien el artículo 546 bis.f) del Código Penal español, reformado en 1988, se incorporó dicho artículo “con el objetivo de hacer posible la intervención del Derecho penal en todos los tramos del circuito económico del tráfico de drogas”, al igual que sucede con la receptación, no conviene identificar aquí finalidad de la ley y bien jurídico por cuanto que, con representar a la salud pública la *ratio legis* de la norma, tal valor no constituye su objeto de protección, pues sabido es que ambas categorías dogmáticas no siempre coinciden. Esta afirmación lo lleva a concluir: “Así, el legislador de 1995, en consonancia con la mayoría de los instrumentos supraestatales, abandona, de una vez por todas, la criticable vinculación exclusiva de este fenómeno a las drogas, restricción que en el marco internacional (...) solo figuraba en la Convención de Naciones Unidas de 1988 –lo cual, dicho sea de paso, venía impuesto por la sistemática y fines del documento vienes-, más no en la recomendación núm. R (80) 10, ni en los principios de Basilea, las recomendaciones del GAFI, el Convenio de Estrasburgo, ni en la Directiva comunitaria contra el blanqueo”. (Ob.cit. Pp. 42).

En parecidos términos parece pronunciarse nuestra jurisprudencia, la cual da por superada la limitación que la legislación sobre drogas había establecido respecto al delito de legitimación de capitales, vinculándolo exclusivamente a este delito. En tal sentido, la sentencia Nº 2.186 de fecha 22 de noviembre de 2007, dictada por la Sala Constitucional, dejó claro que la Ley Orgánica contra la Delincuencia

Organizada y Financiamiento al Terrorismo constituye el cuerpo legal que regula la legitimación de capitales. Así, la referida decisión precisó lo siguiente:

“La Ley que en la actualidad prevé el delito de legitimación de capitales es la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada, en la que el tipo penal está contenido en dos artículos (...) Sin duda, la Ley que regula la legitimación de capitales es la citada Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada, que tiene un alcance mayor a la Ley contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, al no limitarse al caso del llamado narcotráfico, sino a todas las operaciones de blanqueo de dinero. Es, por tanto esa, la ley que está llamada a sustituir las normas de la legislación especial sobre drogas...”.

Asimismo, con respecto a la seguridad interior ocurre algo similar. Abel Souto señala (ob. cit. Pp. 47) que el más destacado representante de esta posición es Barton. A su juicio, el delito en referencia salvaguarda los bienes jurídicos potencialmente amenazados en el futuro por un incremento de estructuras mafiosas y capitales descontrolados. En definitiva, se protege la seguridad interior del Estado y también la de otros Estados, mas este objeto de tutela, así configurado, supone un bien jurídico universal poco preciso, ya que, en último extremo, todo el *ius puniendi* está al servicio de la seguridad interior. Por ello se requiere una concreción ulterior, no se trata de una seguridad a cualquier precio, sino solo de una tal que cree la paz jurídica. En este orden de ideas, concluye cuestionando este supuesto bien jurídico afirmando, con Kaiser, que “si no ha sido superado el enfoque presente de la lucha contra la criminalidad organizada a la persecución penal del blanqueo y si, en su lugar, no sería adecuada una mayor concentración en el castigo de los hechos previos como la verdadera ‘criminalidad de primera línea’ del crimen organizado, así como de la actuación organizativa en cuanto tal”. (ob. cit. Pp. 49).

Vale decir, la doctrina que no comparte esta posición, no entiende que se lesione el bien jurídico previo actuando como partícipe ni autor de éste, a través de la legitimación de capitales, toda vez que este tiene un bien jurídico propio e independiente del delito antecedente.

“Ahora bien, si uno de los requisitos para establecer que un hecho posterior debe ser impune o copenado es que tales conductas lesionen a un mismo bien jurídico, o estén en una misma línea de progresión en el ataque al mismo bien jurídico, esta identidad de bienes jurídico protegidos no se encuentra entre el blanqueo y los delitos previos. El blanqueo de bienes, como delito

autónomamente configurado, tiene su propio bien jurídico que se puede diferenciar perfectamente del bien jurídico protegido por el delito previo. En base a esto último, las conductas constitutivas de blanqueo que realice el que ha intervenido en el delito previo lesionan un nuevo bien jurídico y por lo tanto cabrá apreciar una infracción nueva, independiente de la que se ha realizado previamente. Lo que existirá en todo caso entre el delito previo y el posterior delito de blanqueo será un concurso de leyes a resolver por el principio de consunción, sino por el contrario un concurso de delitos (Del Carpio. 1997. *Ob. cit.* pp. 236).

Por otra parte, también constituiría una extensión absolutamente inconstitucional de los llamados actos preparatorios el entender que la persona que legitima capitales es partícipe del delito precedente, toda vez que como enseña el profesor Arteaga Sánchez (2012. Pp. 505-6), solo excepcionalmente “a pesar de que no se haya iniciado la ejecución del delito, por razones de política criminal, se sancionan casos o supuestos en los cuales se exterioriza la resolución criminal, aunque tales actos no constituyan ejecución del delito y no sean, por tanto, en general, punibles”. Asimismo, otro sector de la doctrina foránea también ratifica que “en términos generales, los actos preparatorios representan una derogación específica del límite genérico de la punibilidad, situado, por el Derecho penal liberal, en el principio de ejecución. Ese límite, que no es sino un modo de exigir que el peligro para el bien jurídico haya comenzado para que pueda intervenir el Derecho penal, puede hoy, en términos generales, estimarse ínsito en las exigencias del principio constitucional de proporcionalidad. Sin embargo, ello no obsta a que, atendidas la naturaleza y gravedad de ciertas figuras, pueda, respecto a ellas, adelantarse la línea de defensa castigando determinadas formas de preparación del delito”. (Vives y otros. 1996. Pp. 104).

En el caso bajo análisis, se observa que tal extensión de la punibilidad de los delitos previos no se ha establecido, salvo el caso de la asociación para delinquir que vendría a tener efectos análogos en nuestra legislación que la llamada conspiración, proposición o provocación por otros ordenamientos, en las cuales se penaliza únicamente la asociación así no se haya aún cometido delito alguno. Sin embargo, incluso bajo este supuesto, es necesario que se cometa el delito previo para que se castigue la conducta punible, tal como lo enseñan MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN (2007. Pp. 447), a saber: “Si el delito al que se conspiró o que se propuso o provocó llega a ejecutarse (se consume o no), la responsabilidad de los conspiradores, proponentes o provocadores queda subsumida en las correspondientes formas generales de autoría o participación del delito. Si una vez

pasados a la fase ejecutiva alguno de los intervinientes desiste voluntaria y eficazmente, no responde ni por autoría ni por participación, ni por la conspiración, proposición o provocación, salvo que la conducta sea constitutiva por sí de otro delito consumado”.

Ciertamente, es muy riesgoso para el cumplimiento de los fines del Derecho penal, tratar de extender los límites de la participación delictiva al delito previo o antecedente, toda vez que esta extensión debe ser, como señala el profesor Arteaga Sánchez, sólo excepcional, para casos realmente muy graves que requieran incluso la protección anticipada de bienes jurídicos que permitan este tipo de penalizaciones previas.

Incluso, hay que tener muchas reservas, como afirma Gimbernat Ordeig (2007. Pp.84-5) con la punibilidad de los actos preparatorios y diferenciarlos de los actos ejecutivos. Ciertamente, este autor sostiene:

“Una doctrina muy extendida, y que tiene sus orígenes en Beling, afirma que la ‘ejecución’ equivale a la ‘realización del núcleo típico’, que acción de tentativa es aquella ‘de la que se puede decir, sin más, que cumple el tipo (por lo menos representa su comienzo), que significa, por consiguiente, un ‘matar’, un ‘quitar’, etc.

Lo inadmisibles de esta tesis es la afirmación de que el comienzo de la ejecución es ya acción típica. La tentativa y la frustración son causas de extensión de la punibilidad, que, por serlo, son precisamente las que hacen posible, que se castiguen acciones que no son típicas, que no son subsumibles en los tipos de la Parte Especial. El acto de comienzo de ejecución no puede coincidir totalmente con el acto típico, pues, como lo que los tipos describen son delitos consumados, si se aceptase esta tesis sería conceptualmente inimaginable un acto de ejecución que no fuese, al mismo tiempo, de consumación del delito, esto es, de ejecución completa”.

Y más adelante explica este mismo autor el caso de los delitos de tipo compuesto, es decir, aquellos que constan de al menos dos comportamientos, tal como ocurre con el delito de legitimación de capitales. Al respecto, precisa este autor:

“En los tipos compuestos, en aquellos que constan de dos o más comportamientos, tiene un sentido hablar de un comienzo de realización del tipo. Así, en efecto, el que usa la violencia para yacer con una mujer, comienza con la realización del comportamiento típico. Pues si para cumplir un tipo hay que ejecutar dos acciones, ¿qué duda cabe que la realización de la primera supone ya un comienzo del comportamiento típico (al autor no le falta ya más que cometer la otra acción)?

La doctrina preferible es aquella que, en principio, distingue claramente entre acción típica y acción de comienzo de ejecución, y considera que esta última es aquella que se halla indisolublemente unida con el comportamiento descrito en la figura delictiva de la Parte Especial". (*Ob. cit.* Pp. 85-6).

Una vez analizada las opiniones antes expuestas, es necesario precisar cuándo comienza la ejecución del delito de legitimación de capitales y si este castigo pretende proteger el bien jurídico tutelado en el delito previo o antecedente. Ello así, se observa que la punibilidad del delito de legitimación de capitales se configura desde el momento en que efectivamente se reciben los capitales o bienes producto de actividades delictivas, desde ese momento ya se ha configurado el delito de legitimación de capitales aun cuando no haya comenzado el proceso de blanqueo.

Ciertamente, al ser configurado como un delito de resultado cortado, donde se pretende en resguardo del bien jurídico tutelado anticipar la tutela penal, no puede haber duda que una vez recibidos los bienes provenientes de actividades delictivas, ya se ha realizado el tipo penal, no configurando la recepción de estos capitales simples actos preparatorios no punibles, sino que por contrario, ya se ha realizado el tipo penal y por tanto se ha perfeccionado el delito, aun cuando el blanqueo no haya completado todo su proceso.

Ahora bien, cabe ahora preguntarse ¿esta conclusión permite afirmar que se está entonces tutelando el bien jurídico protegido en el delito previo? Sin duda que si se parte de la premisa de la participación genérica defendida por Fernández Molina, pareciera que se busca precisamente es resguarda el bien jurídico del delito previo, pero si se realiza un análisis más detallado de la estructura del tipo delictivo de la legitimación de capitales, la conclusión no debe ser esta.

En efecto, en el caso de la legitimación de capitales se pretende evitar no solo el ingreso de bienes y capitales al circuito económico generando alteraciones inadecuadas y perjudiciales en todo el sistema, sino que se busca, sobre todo, evitar que las actividades delictivas previas a la legitimación queden impunes y florezca de esta forma diversas actividades criminales, teniendo además el aliciente no solo de la impunidad, sino también del pleno disfrute de todos los bienes que genera la industria delictiva.

En tal sentido, cuando se castiga sobre todo el ocultamiento del origen delictivo de los bienes, y precisamente el ocultamiento de este origen delictivo es lo que pretende evitarse, se atenta contra la Administración de Justicia en los términos expuestos en el capítulo anterior, y no se vuelve a lesionar el bien jurídico

protegido en el delito antecedente, el cual ya está únicamente protegido por el tipo penal que lo prevé. No se tipifica el delito de legitimación de capitales para proteger el bien jurídico tutelado en el delito previo, éste sin duda, ya está protegido por el tipo penal respectivo previsto en la Parte Especial del Código Penal o la ley correspondiente.

Ello así, la doctrina afirma que la sanción del blanqueo tiene por finalidad impedir la conversión o transformación de bienes cuya generación se produce extramuros de la legalidad al ser ilícita la actividad que los genera, sin pretender con la punición de estas conductas castigar directamente el delito base o delito de origen (aquél que genera los bienes que luego se tratan de transformar en el mercado lícito), que tiene una respuesta penal distinta y autónoma. (Conde Pumpido. *Ob. cit.* Pp. 2).

Con base en estas consideraciones, se puede afirmar en sintonía con la doctrina mayoritaria que fuera consultada, que el delito de legitimación de capitales no tutela el bien jurídico protegido por el delito previo o antecedente, tal como se expuso en el presente capítulo.

CAPÍTULO 4. EL DELITO DE LEGITIMACIÓN DE CAPITALES COMO PROTECTOR DE VARIOS BIENES JURÍDICOS.

La violación de varios bienes jurídicos por un delito, hace referencia a lo que se conoce comúnmente como Pluriofensividad, es decir, la afectación de más de un bien jurídico por un delito de naturaleza unitaria, y, esta importante figura puede entenderse, en línea de principio y siguiendo a Guardiola García (*ob. cit.* Pp. 214), de tres maneras distintas, a saber:

“En primer lugar, cabe entender que es pluriofensivo toda infracción en que pueda verse afectado más de un objeto de tutela, se trata, en este caso, de una pluriofensividad *eventual*, en el sentido de que, junto a un bien jurídico que aparece siempre como objeto de protección, pueden presentarse en algunos casos lesiones o puestas en peligro de otros. En segundo lugar, puede entenderse que es pluriofensivo el delito que afecta *alternativamente* a un bien jurídico o a otro, de forma que nunca se verían ambos afectados pero sí siempre y necesariamente uno de ellos. Finalmente, puede entenderse la pluriofensividad en sentido estricto, afirmando que sólo es pluriofensiva la infracción que afecta siempre y necesariamente a más de un bien jurídico de manera principal”.

Esta comprensión es fundamental para lograr darle un contorno definido y propio al bien jurídico objeto de tutela penal, ello a los fines de que su identificación no pierda relevancia como límite al poder punitivo estatal. Así, no cabe duda, como señala Guardiola García (*ob. cit.* Pp. 214-5) que:

“...en todo delito aparecen, junto al objeto esencial de tutela, otros bienes e intereses que pueden verse ocasional, secundaria o accesoriamente protegidos, pero señalarlos como objeto de protección da como resultado una determinación de bien jurídico totalmente inútil en cuanto a las funciones que se asignan al mismo, porque no logra sino distorsionar la comprensión del tipo. Apuntar a intereses diversos según los casos puede explicar la ratio de la norma, pero no permite identificar un bien jurídico con contenido material para cumplir sus funciones.

Así, a mi juicio, los supuestos en que siempre se afecta un bien jurídico aunque eventualmente pueda aparecer afectación de otro no son casos de pluriofensividad, y el bien jurídico es el que resulta esencial y necesariamente ofendido”.

Sin duda que la afectación de varios bienes en forma eventual no es suficiente para calificar a ese tipo penal como un delito complejo o pluriofensivo, además, se debe tomar en cuenta que no se identifican a plenitud el bien jurídico protegido con el objeto de la norma, en razón que aunque ambos pueden coincidir, no necesariamente debe ser siempre así.

En este sentido, resalta Muñoz Conde y García Arán (*ob. cit.* Pp. 262), lo siguiente:

“Distinto del bien jurídico es el *objeto de la acción*, que es aquella cosa del mundo exterior sobre la que recae directamente la acción típica (por ejemplo: la cosa mueble ajena en el hurto) y que en los delitos de resultado suele ser destruida o al menos puesta en peligro (por ejemplo, la cosa dañada en el delito de daños; la vida puesta en peligro en un delito de conducción temeraria de un vehículo a motor). En algunas ocasiones, pueden coincidir ambos conceptos (bien jurídico y objeto de la acción) sobre un mismo objeto (por ejemplo, en el homicidio, pero incluso en este caso se puede distinguir entre el objeto, como objeto material físico sobre el que recae la acción, y el objeto jurídico, como bien o valor ideal al que la ley reconoce su protección. Así, por ejemplo, en el hurto o en el daño el objeto material sobre el que recae la acción es la cosa (una valiosa porcelana china) y el valor ideal que se protege (la propiedad o posesión) es el bien jurídico”.

En efecto, la cita anterior prueba que cuando se trata de diferenciar el bien jurídico protegido por el respectivo tipo penal con su lesión material, dicha distinción cobra especial relevancia a los efectos de dar cumplimiento a los principios del Derecho penal. Ciertamente, si se otorga una amplitud demasiado extensa a los tipos penales, a través de su calificación como delitos pluriofensivos, se corre el gran riesgo de hipertrofiar los tipos penales, perdiendo así entonces la norma penal toda garantía que pretenda brindarle a sus destinatarios. En efecto, si se comienzan a interpretar los tipos penales que presenten eventualmente lesiones a diferentes bienes jurídicos, en forma alternativa o eventual, se corre el gran riesgo de que la teoría del bien jurídico pierda su función limitadora del poder punitivo estatal y consecuentemente, la destrucción del Estado Constitucional.

Aún más, esta interpretación también permitiría, por vía refleja, desvirtuar el principio de lesividad, al pretender que con el tipo se lesionan bienes jurídicos eventuales, accesorios o alternativos cuando tal postura no se corresponde con la realidad. De esta manera se tuerce la teoría del bien jurídico y se llega a la conclusión denunciada por Zaffaroni (2011. Pp. 111) respecto a este principio, a saber:

“El principio de lesividad exige que en todo delito haya un *bien jurídico lesionado*. Esta exigencia es una limitación al poder punitivo. Sin embargo, el discurso legitimante de inmediato manipuló el concepto, racionalizando que si hay un bien jurídico lesionado y si por ello hay delito y se impone la pena, quiere decir que la ley penal protege ese bien jurídico y, con este razonamiento se pasó del *bien jurídico lesionado* al *bien jurídico tutelado*, que es tanto como convertir al cordero en lobo. Esto obedecía a que de allí se dedujo que si la ley penal tutela bienes jurídicos, donde haya un bien jurídico importante o en peligro, debería haber una ley penal para tutelarlos y –como vivimos– en una sociedad de riesgo en que todos los bienes jurídicos están en peligro, debe haber leyes penales infinitas”.

La observación que hace el autor citado es suficiente para intentar en la interpretación de los tipos penales, determinar al máximo el verdadero bien jurídico que se pretende tutelar y evitar, hasta donde sea posible, la tentación de calificar como delitos complejos a tipos penales que prevén lesiones a bienes eventuales, accesorios e incluso alternativos. Solo de esta manera se podrá lograr una verdadera mínima intervención del Derecho penal y cumplir así con uno de sus postulados básicos.

Igualmente, también debemos tener claro que en varios delitos que algún sector de la doctrina califica como pluriofensivos, realmente lo que ocurre es que un solo bien jurídico es el que verdaderamente se tutela, funcionando como “orientador dogmático del tipo”. Así lo reseñan Maurach y Zipf (1994. Pp. 340-1) a saber:

“Numerosos tipos se caracterizan por la presencia de *díversos* bienes jurídicos. Para su interpretación resulta relevante que estos bienes sean o no *equivalentes*, o bien que uno de ellos asuma la ‘conducción dogmática’, determinando la dirección de protección y dejando al bien jurídico subordinado a una función auxiliar; finalmente también es posible que el bien jurídico de menor rango se reduzca al rol de un ‘bien jurídico instrumental’, que bien puede caracterizar el desvalor de acción, mas no influir en la dirección del delito. (...) Ante el caso de convergencia de diversos bienes jurídicos en un mismo tipo es necesario que alguno de ellos asuma la conducción, determinando así al menos la clasificación del delito; el grado de subordinación de los restantes bienes jurídicos se establece en cada caso de manera distinta...”.

Ahora bien, una vez efectuadas estas breves consideraciones acerca de los tipos pluriofensivos –por demás necesaria para el estudio de este punto– es pertinente analizar de seguidas el tipo penal bajo estudio. Con este propósito, se debe

advertir que para la gran mayoría de la doctrina, el delito de legitimación de capitales constituye un tipo compuesto o delito pluriofensivo, al interpretarse como lesionados distintos bienes jurídicos con su comisión.

Ciertamente, la mayoría de la doctrina entiende que este delito tutela diferentes bienes jurídicos, siendo por tanto un delito pluriofensivo. En este sentido, Abel Souto (*ob. cit.* Pp. 85) sostiene que este delito tutela directamente a la Administración de Justicia, en su función de averiguación, persecución y castigo de los delitos, como el orden socioeconómico, concretado éste en la licitud de los bienes en el tráfico financiero y económico legal.

En muy parecidos términos, Vidales Rodríguez (*ob. cit.* Pp. 93-4), afirma que se trata de un delito pluriofensivo, justificando su posición en los términos que seguidamente se transcriben:

“En definitiva, parece incuestionable que la intención del legislador de 1995 ha sido la de configurarlo como un delito pluriofensivo. Así se desprende no sólo de su ubicación sistemática, sino también de que la multa haya de ser fijada en relación con el valor de los bienes legitimados. Además, a diferencia de lo que sucede con los delitos de encubrimiento y receptación, la pena correspondiente al autor del delito previamente cometido no opera como límite máximo respecto de la pena privativa de libertad que haya de imponérsele al legitimador. Un argumento más en favor de esta opción, lo constituye el hecho de que la sanción con que se amenaza la realización de estas conductas es superior tanto a la que corresponde al delito de encubrimiento –prisión de seis meses a tres años-, como la establecida, por ejemplo, para el delito fiscal –prisión de uno a cuatro años-, de donde parece deducirse que la misma contiene el desvalor que esta figura supone para ambos intereses. Por último, debe de tomarse en consideración que, de entenderse que únicamente se lesiona la Administración de Justicia, derivarían consecuencias manifiestamente injustas en relación con otras conductas favorecedoras, razón por la que, de lege lata, nos parece necesario afirmar el carácter pluriofensivo del delito que nos ocupa”.

Como puede observarse de las citas copiadas, es diversa la opinión que existe en doctrina acerca del bien jurídico tutelado por el delito de legitimación de capitales, sin embargo, la mayoría de los tratadistas parecen inclinarse por su carácter de delito pluriofensivo, al lesionar varios bienes jurídicos. Sin embargo, si se pretende limitar el poder punitivo estatal –y esta es principalmente la teoría del bien jurídico- es necesario a tales fines, tratar de interpretar los tipos penales de la manera más

limitada posible, evitando dar interpretaciones extensivas a bienes jurídicos no lesionados directamente.

Por lo tanto, si se entiende que el delito de legitimación de capitales es un delito pluriofensivo, mediante el cual se lesiona además del bien jurídico Administración de Justicia, otros bienes jurídicos tales como el orden socioeconómico, y dentro de estos todos los aspectos que aquel contiene (como se desarrolló en el Capítulo I de esta investigación), o los delitos previos que dan origen a los capitales a blanquear, se permitiría de esta manera darle una extensión sumamente peligrosa para resguardar el Estado de Derecho, extensión que en lugar de buscar decisiones justas podrían degenerar en castigos absolutamente desproporcionados y, en el fondo, también antijurídicos.

La posibilidad de prever delitos pluriofensivos, se estableció con el objeto de justificar en última instancia el poder punitivo del Estado para aquellos casos en los cuales el bien jurídico realmente protegido no estaba suficientemente claro para el legislador. De esta forma se pretende –y lamentablemente se logra– justificar una intervención penal indebida, trayendo como consecuencia directa la infracción del principio de fragmentariedad y mínima intervención del Derecho penal, violentándose así lo reseñado por la doctrina en forma prácticamente unánime, en el sentido que “el Derecho penal debe utilizarse sólo en casos extraordinariamente graves (carácter fragmentario) y cuando no haya más remedio por haber fracasado ya otros mecanismos de protección menos gravosos para la persona (naturaleza subsidiaria)”. (Zugaldía. 1993. Pp. 236).

Por esta razón es necesario dar una interpretación lo más aproximada posible con la verdadera naturaleza del delito de legitimación de capitales, para tratar de desnudar así el verdadero bien jurídico tutelado por éste, dejando de lado posibles lesiones eventuales que puedan causarse en determinados aspectos del orden socioeconómico o en el delito previo o antecedente, para entender que el verdadero y directo bien jurídico lesionado lo constituye la Administración de Justicia, si esta no se lesiona, al ser castigados los delitos antecedentes y verse así frustrados la ocultación o elusión de la acción de la justicia, mal podría hablarse entonces de lesividad que justifique en ese caso la intervención penal.

Y no otra puede ser la finalidad que persigue este tipo de delitos, ya que se trata de evitar, que los criminales puedan tener la seguridad que van a disponer libremente de los frutos de sus actividades ilícitas y lograr evadir la acción de la justicia, quedando impunes los delitos cometidos.

Conclusiones y Recomendaciones

1-. La mayoría de las legislaciones nacionales, no han hecho otra cosa sino receptar los diversos convenios internacionales que se han suscrito para perseguir el delito de legitimación de capitales o blanqueo de bienes, mostrando así un acuerdo -no muy común- en el campo de la legislación penal internacional;

2-. El tipo penal del delito de legitimación de capitales se configura a costa de muchos de los límites que tradicionalmente se han impuesto al *ius puniendi* estatal, de tal manera que se ven minimizados hasta el punto de poder afirmar en muchos casos, su falta de vigencia;

3-. El Derecho Penal es un ordenamiento protector de bienes jurídicos, razón por la cual solo tiene justificación la intervención penal, cuando se vean lesionados bienes jurídicos que requieren precisamente de protección penal;

4-. Debido a la comprensión del delito de blanqueo de bienes como producto de la delincuencia organizada y no únicamente de aquella dedicada al tráfico de drogas ilícitas, se pretendió abarcar como bien jurídico protegido todo o parte del orden socioeconómico y no la salud pública o la administración de justicia, como se venía discutiendo hasta la Convención de Palermo de 2000;

5-. El concepto de “orden económico” no sirve para designar, en rigor, un bien jurídico directamente protegido en sentido técnico, ni siquiera en el caso de los delitos económicos en sentido estricto. De ahí que, a los efectos de interpretar la figura de la legitimación de capitales, resulten insuficientes las meras referencias a dicho orden sin mayores especificaciones;

6-. La doctrina categoriza al delito de legitimación de capitales, a diferencia del encubrimiento, en que se requiere un *plus* para justificar la tipificación de este delito;

7-. El *plus* que prevé el blanqueo, radica en que se da, a diferencia del encubrimiento, una modalidad de participación delictiva muy amplia, la cual favorece la continuidad de la actividad delictiva y podría permitir la impunidad de los delitos previos o antecedentes;

8-. Si se analiza con detalle el tipo básico del artículo 35 de la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo, se podrá observar que el verbo rector del tipo hace referencia, principalmente, a la finalidad de encubrir u ocultar los bienes provenientes de un delito previo, punto fundamental para

sostener que el bien jurídico protegido es muy similar al que protege el encubrimiento, y por lo tanto, la Administración de Justicia;

9-. El bien jurídico protegido por el delito de legitimación de capitales lo constituye, fundamentalmente, la Administración de Justicia, toda vez que con su comisión, se impide la persecución y castigo del delito previo, favoreciendo la impunidad y por lo tanto, evitando que se cumplan los fines preventivos que cumple la pena en el Estado social y democrático de derecho;

10-. El *plus* que exige la tipificación como delito autónomo de la legitimación de capitales, protegiendo el mismo bien jurídico que el encubrimiento, radica en que la protección se realiza a escala mucho mayor, porque mucho mayor son los criminales que deben, en este delito, ser perseguidos, concretamente, la criminalidad organizada transnacional;

11-. La sanción del blanqueo tiene por finalidad impedir la conversión o transformación de bienes cuya generación se produce extramuros de la legalidad al ser ilícita la actividad que los genera, sin pretender con la punición de estas conductas castigar directamente el delito base o delito de origen (aquél que genera los bienes que luego se tratan de transformar en el mercado lícito), que tiene una respuesta penal distinta y autónoma;

12-. Si bien la mayoría de los tratadistas parecen inclinarse por el carácter de delito pluriofensivo del delito de legitimación de capitales, si se pretende limitar el poder punitivo estatal, es necesario a tales fines tratar de interpretar los tipos penales de la manera más limitada posible, evitando dar interpretaciones extensivas a bienes jurídicos no lesionados directamente y por lo tanto excluyendo la calificación de este delito como delito complejo o pluriofensivo.

Con base en las conclusiones anteriores se recomienda:

1-. Se debe colocar, en una próxima reforma del Código Penal o de la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo, al delito de legitimación de capitales en el capítulo correspondiente a los delitos contra la Administración de Justicia, para darle mejor comprensión al bien jurídico protegido por éste;

2-. Siendo que el concepto de orden socioeconómico no sirve para definir por sí mismo un bien jurídico, se debe evitar la ubicación del delito de blanqueo en los capítulos referidos a la protección de este bien jurídico, debiendo –como quedara dicho- ubicarse en los delitos contra la Administración de Justicia;

3-. Debido a la redacción tan amplia y ambigua que presenta el artículo 35 de la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo, se recomienda una nueva redacción más técnica y restrictiva, a los fines de no tipificar conductas que en modo alguno justifican la intervención penal;

4-. En razón de que el delito de legitimación de capitales no está llamado a tutelar los mismos bienes jurídicos que el delito antecedente, se debe dar una total separación entre las penas aplicadas para cada delito, siendo el blanqueo de bienes un tipo penal absolutamente independiente de aquellos que dan origen a los bienes a legitimar.

Referencias

- Abel Souto, M. (2005). *El delito de blanqueo en el Código penal español*. Barcelona. Edit. Bosch.
- Arias, F. (2009). *El proyecto de investigación: Guía para su elaboración*. Caracas: Edit. Episteme.
- Arias Holguín, D. (2011). *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (Art. 301 CP)*. Madrid. Iustel.
- Arias Merlano, J. (2015). *El bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de dinero. El caso colombiano 1982-2002*. Universidad de Alcalá de Henares.
- Arteaga Sánchez, A. (2012). *Derecho Penal Venezolano*. Caracas. Librería Jurídica Alvaro Nora.
- Bacigalupo, S. (2002). *Ganancias Ilícitas y Derecho Penal*. Madrid. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.
- Bajo Fernández, M. (2009). *El desatinado delito de blanqueo de capitales, en Política Criminal y Blanqueo de Capitales*. Bajo y Bacigalupo (Edits). Madrid. Marcial Pons.
- Berdugo Gómez De La Torre, I. (2012). *Viejo y Nuevo Derecho Penal. Principios y Desafíos del Derecho Penal de Hoy*. Madrid. Iustel.
- Blanco Cordero, I. (1997). *El delito de blanqueo de capitales*. Pamplona. Aranzadi.
- Bottke, W. (1998). *Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania*, en Revista Penal Nº 2. Madrid. La Ley.
- Bustos, J. y H. Hormazábal (2006). *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Madrid. Edit. Trotta.

- Calderón Cerezo, A. y J. Saavedra (2008). *Delitos contra el orden socioeconómico*. Madrid. Edit. La Ley.
- Cantarero Bandrés, R. (1995). *Administración de Justicia y obstruccionismo judicial*. Madrid. Edit. Trotta.
- Carbonell, J. (1999). *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*. Valencia. Tirant lo Blanch.
- Conde-Pumpido, C. (2015). *El delito antecedente en el blanqueo de capitales*, en Jornadas de Especialistas en Delitos Económicos. Madrid. Centro de Estudios Judiciales.
- Del Carpio Delgado, J. (1997). *El Delito de Blanqueo de Bienes en el Nuevo Código Penal*. Valencia. Tirant lo Blanch.
- *Principales aspectos de la reforma del delito de blanqueo. Especial referencia a la reforma del art. 301.1 del Código Penal*, en Revista Penal N° 28. Madrid. La Ley.
- Diez Ripollés, J. L. (2007). *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires. Edit. B de F.
- Fabián Caparrós, E. (2006): *La Fenomenología del Lavado de Dinero, sus Efectos sobre la Economía y el Bien Jurídico Protegido*, en Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial. Washington. OEA. CICAD.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid. Edit. Trotta.
- Fernández Carrasquilla, J. (2002). *Derecho Penal Liberal de Hoy. Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal*. Bogotá. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.
- Foffani, L. (2001). *Criminalidad organizada y criminalidad económica*. Revista Penal N° 7. Madrid. La Ley.

- Gimbernat Ordeig, E. (2007). *Autor y Cómplice en Derecho Penal*. Montevideo-Buenos Aires. Editorial B de F.
- Guardiola García, J. (2003). *La realización arbitraria del propio derecho*. Valencia. Tirant lo Blanch.
- Gutiérrez Rodríguez, M. (2015). *Acelerar primero para frenar después: la búsqueda de criterios restrictivos en la interpretación del delito de blanqueo de capitales*, en *Revista General de Derecho Penal* Nº 24. Madrid. Iustel.
- Grisanti Aveledo y Grisanti Franceschi, H. (2015). *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia. Vadell Editores.
- Hernández González, J. (2004). *La Libertad de Empresa y sus Garantías Jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano*. Caracas. FUNEDA. IESA.
- López Barja De Quiroga, J. (2014). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Madrid. Editorial Civitas.
- Martínez-Buján Pérez, C. (1998). *Derecho Penal Económico*. Valencia. Tirant lo Blanch.
- *Derecho Penal Económico*. (2002). (Parte Especial). Valencia. Tirant lo Blanch.
- Maurach, R. y Zipf, H. (1994). *Derecho Penal. Parte General. Tomo 1*. Buenos Aires. Edit. Astrea.
- Mendoza Llamaconcca, N. (2017). *El tipo base de delito de lavado de activos en el Perú. (Arts. 1, 2 Y 3 del Decreto Legislativo Nº 1106). Apuntes desde el Derecho penal español*. Salamanca. Universidad de Salamanca.
- Mendoza Troconis, J. (1989). *Curso de Derecho Penal Venezolano. Compendio de Parte Especial*. Caracas. Empresa El Cojo.

Mir Puig, S. (2005). *Derecho Penal. Parte General*. 7ma ed. Buenos Aires. Edit. B de F.

Modolell González, J. (2014). *Derecho Penal. Teoría del Delito*. Caracas. Ucab.

Molina Fernández, F. (2009). *¿Qué se protege con el delito de blanqueo de bienes?* Revista Internacional de Derecho Penal Nº 26. Legis.

Mónaco Gómez, M. (2015). *Regulación de los Monopolios y la posición de dominio en Venezuela desde la perspectiva del Derecho de la competencia*. Caracas. UCAB.

Muñoz Conde, F. (1998). *Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos*. Revista Penal Nº 1. Valencia. Tirant lo Blanch. Universidad de Huelva, Salamanca, Castilla La Mancha y Pablo de Olavide.

- (2007) *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia. Tirant lo Blanch.

Muñoz Conde, F. y García Aran, M. (2007). *Derecho Penal. Parte General*. 7ma edic. Valencia. Tirant lo Blanch.

Octavio de Toledo y Ubieta, E. (1990). *Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid. Boletín Oficial del Estado.

Piva, G. y Granadillo, E. (2015). *Asociación para delinquir y legitimación de capitales*. Caracas. Ediciones Dabosan.

Quintero Olivares, G. (2010). *Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil*, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología Nº 12. Universidad de Granada. Andalucía.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. (2007). 2.186, noviembre 22, 2007.

Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia (2012). 348, agosto 30, 2012.

Silva Sánchez, J. (2010). *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Madrid: Edit. Civitas

- (2001) *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post industriales*. Madrid. Editorial Civitas.

Reyes Echandía, A. (1997). *Tipicidad*. 6ta Edic. Bogotá. Temis.

Roxin, C. (2007). *¿Es la protección de bienes jurídicos un finalidad del derecho penal?*, en la obra colectiva *La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid-Barcelona. Marcial Pons.

Soler Roch, M. (1995). *La tributación de los actos ilícitos*. Revista Española de Derecho Financiero Nº 85. Madrid. Edit. Civitas.

Universidad Pedagógica Experimental Libertador. (1998). *Manual de trabajos de grado de especialización y maestría y tesis doctorales*. Caracas.

Vidales Rodríguez, C. (1997). *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995*. Valencia. Tirant lo Blanch.

- (2012). *Blanqueo, ¿Qué es el blanqueo? (Estudio del artículo 301.1 del Código Penal Español tras la reforma de la L.O. 5/2010)*. En Revista General de Derecho Penal. Madrid. Iustel.

Vives, T. y Cobo, J. (1999). *Derecho Penal. Parte General*. 5ta Ed. Valencia. Tirant lo Blanch.

Vives, T. y otros (1996). *Comentarios al Código Penal de 1995*. Volumen I. Valencia. Tirant lo Blanch.

Weffe. C. (1998). *Algunas Consideraciones sobre la Inconstitucionalidad del ordinal I o del Artículo 113 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal y el Principio del Non Olet*. Revista de Derecho Tributario Nº 80. Caracas. Legis.

Zaffaroni, E. y otros (2011). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires. Ediar

Zugaldía Espinar, J. (1993). *Fundamentos de Derecho Penal*. Valencia. Tirant lo Blanch.