

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

DEUS PROVIDE ET PRO...

Revista

Julio 2019

44

Revista Penal

Penal

Julio 2019



tirant
lo blanch

tirant
lo blanch



Revista Penal

Número 44

Sumario

Doctrina:

- El delito de depósito de armas y tenencia de explosivos con fines terroristas: cuestiones de aplicación y de delimitación con las figuras comunes, por *Emiliano Borja Jiménez* 5
- Hacia la pancriminalización del blanqueo de capitales en la Unión Europea. Un análisis crítico de la Directiva (UE) 2018/1673 relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal, por *Juana del Carpio Delgado*..... 22
- Un análisis crítico de la actual aplicación judicial de la prisión permanente revisable, por *Gabriel Fernández García*..... 42
- Reflexiones en torno al *compliance* penal y a la ética en la empresa, por *Juan Carlos Ferré Olivé*..... 61
- La inexigibilidad como causa de exculpación suprallegal en los delitos fiscales en Brasil, por *Marco Aurelio Florêncio Filho*..... 81
- La regulación de los delitos fiscales en el sistema jurídico italiano, por *Alessandro Melchionda* 98
- En torno al concepto jurídico-penal de persona internacionalmente protegida, por *Joaquín Merino Herrera* . 109
- Hacia el fin de la impunidad de las empresas transnacionales por la violación de los Derechos Humanos, por *Ana Isabel Pérez Cepeda*..... 126
- El sistema penal norteamericano y los institutos de justicia negociada: especial énfasis en la criminalidad corporativa, por *Paula Andrea Ramírez Barbosa*..... 147
- Comercio electrónico y suplementos deportivos: una perspectiva jurídico-penal, por *Natalia Sánchez-Moraleda Vilches*..... 160
- El incremento de la protección del medio ambiente a través del Derecho Penal, por *Lucía Sánchez Pérez* 178
- Violencia machista y circunstancia mixta de parentesco, por *José Luis Serrano González de Murillo* 199

Sistemas penales comparados: Criminal compliance 214

Bibliografía:

- Recensión: *Summa de delictis et forum poenis*, Diego de Covarrubias y Leyva, 1540. Ed. a cargo de Justo García Sánchez y Beatriz García Fueyo, Oviedo, 2018, por *Enrique Orts Berenguer*..... 265
- Recensión: *Crime of Agression Library. The crime of aggression: a commentary*. Volumes 1 and 2, Claus Kress y Stefan Barriga (eds.), Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 1589 pp., de *Larissa Van der Herik*..... 266

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



UCLM
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD
PABLO DE OLAVIDE

am Arias Montano
Repositorio Institucional
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca,
Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Enzo Musco. Univ. Roma
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecosas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	John Vervaele. Univ. Utrecht
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I ^o	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Complutense) Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Bencan Li (China)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Antonio Rodríguez Molina (España)	Sofía Lascano y Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Luigi Foffani (Italia)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCtirant.pdf>



Hacia la pancriminalización del blanqueo de capitales en la Unión Europea. Un análisis crítico de la Directiva (UE) 2018/1673 relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal

Juana del Carpio Delgado

Revista Penal, n.º 44. - Julio 2019

Ficha técnica

Autor: Juana del Carpio Delgado

Title: Critical analysis of the Directive (EU) 2018/1673 on combating money laundering by criminal law.

Adscripción institucional: Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad Pablo de Olavide.

Sumario: 1. Consideraciones generales. 2. Definición de los bienes: art. 2.2). 3. Cuestiones relacionadas con el delito previo del que proceden los bienes. 4. Los delitos de blanqueo de capitales: art. 3. 5. La obligatoriedad de tipificar el autoblanqueo: art. 3.5. 6. El blanqueo de capitales por imprudencia: art. 3.2. 7. Régimen punitivo para las personas físicas: arts. 5 y 6. 8. Responsabilidad de las personas jurídicas: arts. 7 y 8. 9. Jurisdicción: art. 10. 10. Consideraciones finales

Summary: 1. General considerations. 2. Definition of assets: art. 2.2). 3. Matters related to the prior offense from which the goods originate. 4. Money laundering offenses: art. 3. 5. The obligation to typify self-laundering: art. 3.5. 6. Money laundering due to imprudence: art. 3.2. 7. Punitive regime for natural persons: arts. 5 and 6. 8. Liability of legal entities: arts. 7 and 8. 9. Jurisdiction: art. 10. 10. Final considerations

Resumen: Este trabajo analiza detalladamente las cuestiones más relevantes de la Directiva (UE) 2018/1673, de 23 de octubre de 2018, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal. El objetivo principal es determinar si esta supone una mejora en el tratamiento de este fenómeno criminal o si, por el contrario, se trata simplemente de una ampliación del ámbito de aplicación de los delitos de blanqueo de capitales y, al mismo tiempo, una relajación de los principios que deben limitar el ejercicio del *ius puniendi*.

Palabras clave: blanqueo de capitales, Convenio de Estrasburgo de 1990, Convenio de Varsovia de 2005, Unión Europea, Directiva (UE) 2018/1673.

Abstract: This detail discussion document analyses the Directive of 23 October 2018 on combating money laundering by criminal law. The main objective is determinate if the Directive represents an improvement in the treatment of this criminal activity, or on contrary, it just represents a complement of the existing anti-money laundering framework and, at the same time, relaxation of the principles that should limit the exercise of the *ius puniendi*.

Key words: money laundering, Strasbourg Convention CETS No. 141, Council of Europe Convention on Laundering CETS No. 198, Directive (EU) 2018/1673.

Observaciones: El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación “Estudio transversal de los mecanismos jurídicos para la recuperación de bienes de procedencia delictiva”, financiado por el Vicerrectorado de Investigación y Transferencia de la Universidad Pablo de Olavide. También se inscribe en las actividades del Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas de la Junta de Andalucía (CIPEC-SEJ 047). Agradezco a la Titulada Superior de Apoyo a la Investigación de la Universidad Pablo de Olavide, María Yerbes González, su valiosa ayuda en la configuración del texto.

Rec: 30/05/2019 **Fav:** 03/06/2019

1. Consideraciones generales

1. Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009, el art. 83 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) reconoce formalmente la autoridad de la Unión Europea (en adelante, UE) para legislar en materia penal. Este precepto le otorga a la UE la facultad para establecer reglas mínimas relativas a la definición de delitos en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichos delitos, o de una necesidad particular de combatirlos según criterios comunes¹.

Dentro de los ámbitos delictivos que se mencionan en el párrafo segundo del art. 83.1 del TFUE, se encuentra el blanqueo de capitales; por lo que, con base a este precepto, se adopta la Directiva (UE) 2018/1673 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal (en adelante, Directiva (UE) 2018/1673)².

Una de las razones para justificar la intervención penal de la UE es la falta de coherencia y, por lo tanto, la necesidad de armonizar las legislaciones penales nacionales con el objetivo fundamental de evitar lagunas de punibilidad que puedan favorecer la comisión de delitos, como el blanqueo de capitales. En este sentido, en el considerando (4) de la Directiva (UE) 2018/1673 se declara expresamente que la “actual tipificación del blanqueo de capitales carece de la suficiente coherencia para luchar eficazmente contra el blanqueo de capitales en toda la Unión”. Sin embargo, desde mi punto de vista, esta justificación es de carácter maximalista.

Esta falta de coherencia o la inexistente uniformidad en la definición de este delito, así como la divergencia respecto a los delitos previos que generan los bienes objeto de blanqueo, que también se menciona en la propuesta de Directiva, no han sido demostradas³. La Directiva no contiene una evaluación de impacto⁴, por lo que resulta muy difícil establecer en qué medida las legislaciones nacionales difieren entre sí y cuál es la

mejor forma de armonizarlas, si además tenemos en cuenta que, en cumplimiento de sus compromisos, los países miembros de la UE han incorporado a su legislación interna lo dispuesto en el régimen internacional o regional relativo al blanqueo de capitales, que sucintamente se expone a continuación.

La dimensión transnacional de determinados fenómenos criminales como el blanqueo de capitales es uno de los motivos fundamentales por el que Naciones Unidas (en adelante, NU) demuestra especial interés en diseñar una estrategia común para luchar contra este delito. Muestra de ello es la adopción de la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 (en adelante, Convención de Viena), la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000 (en adelante, Convención de Palermo) y la Convención contra la Corrupción de 2003 (en adelante, Convención de Mérida), que contienen normas relativas al blanqueo de capitales.

En el contexto de la Unión Europea, la respuesta a esta preocupación fue la aprobación, el 8 de noviembre de 1990, del Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito (en adelante, Convenio de Estrasburgo), cuyo objetivo fundamental, según se destaca en su Preámbulo, es luchar contra los delitos graves a través de la privación a sus intervinientes del producto del delito⁵. Con posterioridad, en mayo de 2005, el Consejo de Europa aprobó el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo (en adelante, Convenio de Varsovia)⁶. Aunque este Convenio contempla la tipificación de los delitos de blanqueo en los mismos términos que lo hace el Convenio de Estrasburgo, introduce algunas novedades, relacionadas principalmente con el delito previo en el cual tienen origen los bienes y la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de delitos de blanqueo, entre otras. Ahora bien, se sigue considerando que uno de los métodos para luchar contra los delitos graves consiste en privar al delincuente del producto de estos y de los instrumentos para su co-

1 Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante DOCE), nº 83, 30.03.2010.

2 DOCE, nº 284, 12.11.2018.

3 COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal*, Bruselas, 21.12.2016. COM (216) 826 final, p. 14 y s.

4 Según se declara en la Propuesta de Directiva, dado que la presente propuesta de directiva principalmente incorpora normas y obligaciones internacionales, excepcionalmente se presenta sin evaluación de impacto, COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de Directiva*, 2016, p. 11.

5 El Convenio de Estrasburgo fue ratificado por España en 1998. Instrumento de Ratificación por parte de España del Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990, BOE nº 252, 21.10.1998.

6 Ratificado por España en 2010. Instrumento de Ratificación por parte de España del Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, BOE nº 155, 26.06.2010.

misión. Tras su firma y ratificación, al igual que sucede con las Convenciones de Naciones Unidas, los Estados están obligados a tipificar como delito el blanqueo de capitales, y adoptar otro tipo de medidas legislativas en los términos previstos en estos instrumentos.

Dentro de las actividades de la Unión Europea, también hay que tener en cuenta la Decisión Marco del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito (2001/500/JAI)⁷, en la que, entre otras cuestiones, se obliga a los Estados a castigar los delitos de blanqueo de capitales contemplados en las letras a) y b) del art. 6.1 del Convenio de Estrasburgo (la conversión, transmisión, ocultación o simulación), cuando los bienes procedan de un delito grave (según la definición contenida en el art. 1 de la Decisión), con pena de prisión cuya duración máxima no sea inferior a cuatro años.

2. La normativa descrita anteriormente ha desempeñado una función esencial en el proceso de armonización de las normas penales nacionales relativas al blanqueo de capitales⁸. Sin embargo, en el considerando (3) de la Directiva (UE) 2018/1673, se establece que la Unión debe seguir teniendo especialmente en cuenta las Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (en adelante, GAFI) y los instrumentos de otras organizaciones y organismos internacionales que se ocupan de la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, entre los que menciona expresamente al Convenio de Varsovia. Desde mi punto de vista, sin negar la importancia que pueda tener el GAFI, es más que discutible que la política criminal europea dependa de lo que disponga un organismo de estas características⁹. Además, si se lee atentamente la Recomendación 3 del GAFI, relativa a la tipificación del blanqueo, y su nota interpretativa, se concluirá que se recomienda que los países deben tipificar el blanqueo de capitales con base a lo dispuesto en las Convenciones de Viena y Palermo. Por lo que, en mi opinión, el diseño de cualquier política criminal en el ámbito de la Unión Europea debe basarse fundamen-

talmente en las Convenciones o Convenios emanados de organismos internacionales o regionales que tienen efecto vinculante para los Estados Parte.

3. Otra de las cuestiones que queremos resaltar es la relativa a la transposición de la Directiva a las legislaciones nacionales.

Tradicionalmente se ha entendido que, en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Convenios internacionales o regionales, el principio de tipicidad garantiza que la descripción de los delitos queda reservada al Derecho interno de los Estados Parte. Así, en los Comentarios a la Convención de Viena, en relación con el cumplimiento de las obligaciones de tipificar los delitos de tráfico ilícito de drogas, se destaca que estas se expresan con un grado de generalidad deliberado. Por lo tanto, se deja a cada Parte considerable flexibilidad para determinar la mejor forma, a la luz de sus tradiciones morales, culturales y legales, de cumplir estas obligaciones¹⁰. La misma flexibilidad que se contempla para el cumplimiento de las obligaciones de tipificar el blanqueo de capitales. En estos Comentarios se destaca que en la práctica, algunos Estados han promulgado leyes que utilizan un lenguaje similar al del precepto en el que se contiene los delitos de blanqueo, mientras que otros han considerado conveniente utilizar estrategias alternativas, como la modificación del alcance de los delitos penales preexistentes. Se considera que ambos criterios son aceptables, en tanto abarquen toda la gama de conductas que están obligados a tipificar¹¹.

El principio de tipicidad también está previsto en las Convenciones de Palermo y Mérida. El art. 30.9 de la Convención de Mérida prevé expresamente que nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará al “principio de que la descripción de los delitos tipificados con arreglo a ella... queda reservada al derecho interno de los Estados Parte y de que esos delitos habrán de ser perseguidos y sancionados de conformidad con ese derecho”. En consecuencia, tal como se expone en la Guía legislativa para su aplicación¹², cabe la posibilidad de que los Estados tipifiquen delitos que tienen un alcance diferente (por ejemplo, dos o más delitos de la legislación interna que correspondan a uno contem-

7 DOCE nº 182, 05.07.2001.

8 En este sentido, BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, Cizur Menor Navarra: Aranzadi-Thomson Reuters, 2015, p. 195.

9 Aunque, como bien advertía en su momento ABEL SOUTO, pueden llegar a tener “mayor fuerza de hecho que los convenios internacionales”, ABEL SOUTO, *El blanqueo de dinero en la normativa internacional: especial referencia a los aspectos penales*, Santiago de Compostela: Servicio de publicaciones e intercambio científico, Universidad de Santiago de Compostela, 2002, pp. 143 y s.

10 NACIONES UNIDAS, *Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas*, Nueva York, 1998, párr. 3.37.

11 NACIONES UNIDAS, *Comentarios a la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes*, 1998, párr. 3.51.

12 NACIONES UNIDAS, *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, 2ª ed. revisada, Nueva York, 2012, párr. 20.

plado en la Convención), especialmente cuando ello refleja una legislación o jurisprudencia preexistente¹³. El art. 11.6 de la Convención de Palermo contiene una disposición similar, y en las Guías legislativas para su aplicación se determina que, para cumplir la obligación de penalizar el blanqueo, los tipos penales no deben estar descritos “por fuerza exactamente de la misma manera que en la Convención, con tal que la conducta en cuestión quede penalizada”¹⁴.

El principio de tipicidad también debería ser considerado cuando se trate de la transposición de las Directivas de la UE. En teoría, la transposición no supone que los legisladores nacionales tengan la obligación de utilizar la misma terminología empleada en la Directiva al describir, por ejemplo, los tipos penales que castiguen el blanqueo de capitales¹⁵. Desde mi punto de vista, la transposición de las obligaciones derivadas de la Directiva deberá realizarse teniendo en cuenta si en la legislación nacional existe una norma que pueda abarcar las conductas que se deben tipificar como blanqueo de capitales, que, con seguridad, las habrá si tenemos en cuenta que las legislaciones nacionales han tenido que ser adecuadas a la normativa internacional y regional que hemos descrito anteriormente. Pero, también debería tenerse en cuenta el conjunto del ordenamiento jurídico interno. Así, por ejemplo, como consecuencia de la obligatoriedad de transponer la Directiva 2014/42/UE sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito, las legislaciones nacionales, como es el caso de la española, regulan el decomiso de bienes transferidos a terceros¹⁶, que como veremos más

adelante, coincide con algunas conductas que deben ser tipificadas como blanqueo.

Antes de pasar a analizar el contenido de la Directiva, cabe destacar dos cuestiones: por un lado, que no se aplica al blanqueo de capitales en relación con los bienes provenientes de los delitos que afectan a los intereses financieros de la Unión, que está sujeto a normas específicas establecidas en la Directiva (UE) 2017/1371, sobre la lucha que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal; por otro lado, países como Reino Unido, Irlanda y Dinamarca no quedan vinculados a la Directiva ni sujetos a su aplicación.

2. Definición de los bienes: art. 2.2)

Por bienes se entiende, de conformidad con lo dispuesto en el art. 2.2) de la Directiva (UE) 2018/1673, activos de cualquier tipo, tanto materiales como inmateriales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos jurídicos con independencia de su forma, incluidas la electrónica o la digital, que acrediten la propiedad de dichos activos o un derecho sobre los mismos. Esta definición de bienes se corresponde en gran medida con la prevista en los demás instrumentos internacionales y regionales que regulan el blanqueo de capitales¹⁷. Sin embargo, cabe resaltar que, a diferencia de lo previsto en los Convenios de Estrasburgo y Varsovia¹⁸, se incorporan las palabras “activos”, “tangible” e “intangible”, que fueron eliminadas por los redactores de estos documentos al considerar que estaban implícitamente incluidas en la definición de bienes¹⁹.

13 También cabe destacar el art. 65.1 de la Convención de Mérida, cuya finalidad es garantizar que al aplicar sus disposiciones, los legisladores nacionales actúen de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico. Al respecto, véase, NU, *Guía legislativa para la aplicación de la Convención contra la Corrupción*, 2012, párr. 18.

14 NACIONES UNIDAS, *Guías legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, Nueva York, 2004, párr. 114. f).

15 Así, por ejemplo, en el Informe de la Comisión sobre las medidas adoptadas por los Estados miembros para dar cumplimiento a la Decisión marco relativa a la lucha contra la trata, se dispone expresamente que la “transposición no implica necesariamente utilizar las mismas palabras empleadas en la directiva ya que, por ejemplo, las medidas nacionales ya existentes pueden ser apropiadas y suficientes, siempre que garanticen una aplicación completa de la directiva de forma suficientemente clara y exacta”, Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo basado en el artículo 10 de la Decisión marco del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, p. 4. Véase al respecto, CORRAL MARAVER, “La irracionalidad de la política criminal de la Unión Europea”, *Indret*, n.º 4, 2012, pp. 21 y s.

16 Véase ampliamente al respecto, DEL-CARPIO-DELGADO, “Decomiso de bienes transferidos a terceros tras la reforma de 2015 del Código penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 122, 2017, pp. 89-132.

17 En las Convenciones de Viena, Palermo y Mérida los bienes se definen como “los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos”. Véanse arts. 1.q) de la Convención de Viena, 2.d) de la Convención de Palermo y 2.d) de la Convención de Mérida.

18 Según los arts. 1.b) de los Convenios de Estrasburgo y Varsovia, respectivamente, “por ‘bienes’ se entenderá los bienes de cualquier naturaleza, ya sean materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, y los documentos o instrumentos jurídicos que demuestren algún título o participación en esos bienes”.

19 CONSEIL DE L'EUROPE, *Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, Rapport explicatif*, STE n.º 141, 1990, párr. 21. Los mismos argumentos se encuentran en los Comentarios al Convenio de Varsovia, CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie*

Con el propósito de adecuar la definición de bienes a los nuevos tiempos, se incluyen expresamente las nuevas formas en las que estos pueden presentarse, como son la digital o electrónica. En efecto, podrá ser objeto idóneo de blanqueo el dinero electrónico, entendiéndose por tal todo valor monetario almacenado por medios electrónicos o magnéticos que representa un crédito sobre el emisor, se emite al recibo de fondos con el propósito de efectuar operaciones de pago, y que es aceptado por una persona física o jurídica distinta del emisor de dinero electrónico²⁰. Definición contenida en la Directiva 2009/110/CE, de 16 de septiembre de 2009, en la que además se prevé que no solo debe ser considerado como tal todos los productos de dinero electrónico que existen actualmente en el mercado, sino también los productos que pueden desarrollarse en el futuro²¹. Igualmente, dentro del concepto de bienes, deben incluirse las monedas virtuales²², que constituyen la representación digital de valor no emitida ni garantizada por un banco central ni por una autoridad pública, no necesariamente asociada a una moneda establecida legalmente, que no posee el estatuto jurídico de moneda o dinero, pero aceptada por personas físicas o jurídicas como medio de cambio y que puede transferirse, almacenarse y negociarse por medios electrónicos²³.

Finalmente, la Directiva no distingue entre bienes directos e indirectos, por lo que, los bienes objeto de blanqueo pueden tener origen directo o ser consecuencia de la comisión del delito previo, pero también pueden ser los bienes de procedencia indirecta o los bienes sustitutos. Tal como se declara en el considerando (13), el término bienes debe estar en consonancia con la definición amplia del concepto de “producto”, tal como se establece en la Directiva 2014/42/UE, relativa al embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito, es decir, toda ventaja económica derivada, directa o indirectamente, de infracciones penales; puede consistir en cualquier tipo de bien e incluir cualquier reinversión o transformación posterior del

producto directo, así como cualquier beneficio cuantificable.

3. Cuestiones relacionadas con el delito previo del que proceden los bienes

3.1. Definición y clases de delitos previos: art. 2.1)

1. En la normativa internacional²⁴ y en la promulgada en el seno de la Unión Europea relativa al blanqueo de capitales²⁵, el término utilizado para referirse al hecho previo en el cual tienen origen los bienes a blanquear ha sido “delito”. Este delito, denominado “determinante” o “principal”, constituye “todo delito” del que se derive un producto que pueda, a su vez, ser objeto de un delito constitutivo de blanqueo de capitales.

Sin embargo, la Directiva (UE) 2018/1673, tal como se contempla en la Directiva (UE) 2015/849, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo²⁶, utiliza el término “actividad delictiva”, debiéndose entender por tal “cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de cualquier delito...”. Esta expresión que, desde la reforma de 2010 del Código penal, se utiliza en el Derecho penal español, debe ser entendida como sinónimo de delito, es decir, el hecho previo del que proceden los bienes objetos de blanqueo debe ser constitutivo de delito.

2. Para determinar los delitos principales o determinantes, la mayoría de los documentos internacionales y regionales contemplan o combinan los siguientes sistemas: (i) el de catálogo, es decir, elaboran una lista de delitos previos; (ii) el de umbral, previendo una cláusula general que englobe a todos los delitos graves, o a aquellos que lleven aparejada una pena o medida de seguridad de duración mínima superior a un determinado tiempo; y (iii) el amplio, que deja abierta la posibilidad para que los Estados consideren como hecho previo a

et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme, STCE n° 198, 2005, párr. 35.

20 Art. 2.2) de la Directiva 2009/110/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio, así como sobre la supervisión prudencial de dichas entidades, por la que se modifican las Directivas 2005/60/CE y 2006/48/CE y se deroga la Directiva 2000/46/CE.

21 Véase el considerando (8) de la Directiva 2009/110/CE, 16.09.2009.

22 Que no deben confundirse con el dinero electrónico, según se contempla en el considerando (10) de la Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifican las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE.

23 Art. 1.2.d) de la Directiva (UE) 2018/843, 30.05.2018.

24 Véanse los arts. 2.h) de las Convenciones de Palermo y Mérida.

25 Cfr. los arts. 1.e) de los Convenios de Estrasburgo Varsovia.

26 Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n° 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión, DOCE n° 141, 05.06.2015.

cualquier delito, independientemente de su gravedad o de la pena asignada.

Según se prevé en el considerando (5) de la Directiva (UE) 2018/1673, la definición de las actividades delictivas que constituyen delitos antecedentes a efectos del blanqueo de capitales debe ser suficientemente uniforme en todos los Estados miembros. Con tal fin, en la Directiva se opta por combinar el sistema de umbral y de catálogo.

Por un lado, el delito previo puede ser cualquiera que, de conformidad con el Derecho nacional, lleve aparejada una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de duración máxima superior a un año o, en aquellos Estados miembros en cuyo sistema jurídico exista un umbral mínimo para los delitos, cualquier delito que lleve aparejada una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de duración mínima superior a seis meses.

Por otro lado, se prevé que los Estados deben incluir, si no lo estuviera ya por razón del umbral de pena que lleven aparejada, un catálogo de delitos dentro de cada una de las categorías de delitos enumeradas en el art. 2.1 de la Directiva²⁷.

Esta lista de delitos es coincidente, en gran medida, con la contenida en el anexo del Convenio de Varsovia²⁸, aunque ha sido actualizada de acuerdo con la lista prevista en el Glosario general que se contiene en las Recomendaciones del GAFI en su versión de 2012²⁹. Al respecto cabe hacer las siguientes observaciones.

En primer lugar, a diferencia del Convenio de Varsovia³⁰, la Directiva no contiene simplemente una lista de categorías de delitos principales, sino que concreta, cuando procede, un catálogo de delitos remitiendo a las Directivas en los que estos se regulan. Así, por ejemplo, se prevé que serán delitos principales la trata de seres humanos y el tráfico ilícito de migrantes, “incluido cualquier delito previsto en la Directiva 2011/36/UE del Parlamento y del Consejo y en la Decisión marco

27 Art. 2.1. “En cualquier caso, los delitos incluidos en las siguientes categorías se considerarán actividad delictiva a los efectos de la presente Directiva:

- a) participación en una organización o en un grupo criminal, a través del chantaje, la intimidación u otros medios (racketeering), incluido cualquier delito previsto en la Decisión marco 2008/841/JAI;
- b) terrorismo, incluido cualquier delito previsto en la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo;
- c) trata de seres humanos y tráfico ilícito de migrantes, incluido cualquier delito previsto en la Directiva 2011/36/UE del Parlamento y del Consejo y en la Decisión marco 2002/946/JAI del Consejo;
- d) explotación sexual, incluido cualquier delito previsto en la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo;
- e) tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, incluido cualquier delito previsto en la Decisión marco 2004/757/JAI del Consejo;
- f) tráfico ilícito de armas;
- g) tráfico ilícito de bienes robados y otros bienes;
- h) corrupción, incluido cualquier delito previsto en el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea y en la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo;
- i) fraude, incluido cualquier delito previsto en la Decisión marco 2001/413/JAI del Consejo;
- j) falsificación de moneda, incluido cualquier delito previsto en la Directiva 2014/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo;
- k) falsificación y piratería de productos;
- l) delitos contra el medio ambiente, incluido cualquier delito previsto en la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo o en la Directiva 2009/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo;
- m) homicidio, lesiones graves;
- n) secuestro, detención ilegal y toma de rehenes;
- o) robo o hurto;
- p) contrabando;
- q) delitos fiscales relacionados con impuestos directos e indirectos, tal como están establecidos en el Derecho nacional;
- r) extorsión;
- s) falsificación;
- t) piratería;
- u) uso indebido de información privilegiada y manipulación de mercados, incluido cualquier delito previsto en la Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo;
- v) ciberdelincuencia, incluido cualquier delito previsto en la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo”.

28 En el que no se incluyen los delitos fiscales relacionados con impuestos directos e indirectos, tal como están establecidos en el Derecho nacional, ni la “ciberdelincuencia”.

29 En el que no se incluye la “ciberdelincuencia”.

30 O del Glosario general que se contiene en las Recomendaciones del GAFI en su versión de 2012. GAFI-FATF, *Las Recomendaciones del GAFI, Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación*, 02.2012.

2002/946/JAI del Consejo”. Mediante esta técnica, la Directiva obliga a los Estados a considerar como delitos previos a todos los delitos contenidos en cada una de las Directivas que se prevén expresamente en esta. Ahora bien, teniendo en cuenta que en algunas Directivas de la UE se permite castigar determinadas conductas con sanciones distintas a las penales, por ejemplo, con una sanción administrativa, y de conformidad con el considerando (5), la Directiva no obliga a los Estados a considerar estas conductas como hechos previos.

En segundo lugar, en la lista de categorías de delitos, se incluyen tres delitos que difícilmente pueden constituir delitos previos del blanqueo. El homicidio y las lesiones, los cuales, aunque puedan ser considerados como graves o estén dentro de los delitos castigados con pena de prisión superior a seis meses, son infracciones que, por lo general, no generan o producen bienes idóneos para el blanqueo³¹. Lo mismo cabe decir de la “ciberdelincuencia”, la cual los redactores de la propuesta de Directiva presentan como una gran novedad con respecto a la categoría de delitos incluidos en el Convenio de Varsovia o en el Glosario del GAFI³².

Según la explicación detallada de las disposiciones específicas de la Propuesta de Directiva, “el impacto financiero de la ciberdelincuencia y el volumen de los productos correspondientes son difíciles de cuantificar..., pero los casos detectados demuestran que los productos procedentes de la ciberdelincuencia se blanquean mediante regímenes sofisticados”. Sin embargo, la Propuesta no determina cuáles son los casos detectados, toda vez que se reconoce expresamente que no existen estudios ni datos fiables al respecto. Aun así, “a fin de trastocar el incentivo financiero que impulsa muchas de las actividades de la ciberdelincuencia”, se la considera, al igual que a los delitos contemplados en la Directiva 2013/40/UE, como delito previo del blanqueo de capitales.

La Directiva 2013/40/UE, relativa a los ataques contra los sistemas de información³³, se refiere expresamente a la amenaza que supone para la Unión Europea los ataques vinculados a la delincuencia organizada y la posibilidad de ataques informáticos de carácter terrorista o de naturaleza política contra los sistemas de información que forman parte de las infraestructuras de los Estados o las instituciones europeas, e igualmente el desarrollo de métodos cada vez más sofisticados,

como la creación y utilización de redes infectadas (*botnets*). En este contexto, esta Directiva plantea la necesidad de que los Estados miembros tipifiquen como delitos el acceso ilegal a los sistemas de información, la interferencia ilegal en los sistemas de información, la interferencia ilegal en los datos y la interceptación ilegal. Estos delitos, cuyo objetivo común es castigar los ataques contra los sistemas de información, no son propiamente una categoría de delitos cuya comisión genere por sí misma y de forma directa bienes delictivos. En principio, las nuevas tecnologías son un medio a través del cual se pueden cometer otros delitos y, ciertamente, son utilizados por el crimen organizado como un instrumento más para cometer fraudes, robo de cuentas bancarias y tarjetas, extorsiones a grandes escalas y, en general, cualquier delito susceptible de ejecutarse a través de los medios informáticos e internet, como es el propio blanqueo de capitales³⁴. Ahora bien, si estos últimos generan bienes idóneos para el blanqueo, tendrán la consideración de delitos previos o principales, pero no el delito informático a través del cual se cometieron.

Finalmente, aunque la Directiva contempla el sistema de umbral y de catálogo, los Estados pueden optar por un sistema amplio, es decir, considerar como delitos previos todos los delitos contemplados en su legislación nacional, tal como sucede, por ejemplo, en la regulación del blanqueo de capitales en España.

3.2. El hecho previo cometido en el extranjero: art. 3.3, letra c) y 3.4

El delito de blanqueo de capitales es intrínsecamente un delito transnacional. Puede suceder que tanto el delito previo como todo el proceso que supone el blanqueo de los bienes que de este procedan se realicen en el territorio del mismo país; sin embargo, también cabe la posibilidad de que el delito previo haya sido cometido, total o parcialmente, en un país distinto al que se vayan a juzgar los actos constitutivos de blanqueo. Este último aspecto ha sido regulado de forma expresa en los documentos internacionales, disponiéndose que los Estados consideren como objetos idóneos de blanqueo aquellos que tienen su origen en delitos cometidos total o parcialmente en el extranjero. La cuestión que surge al respecto es determinar conforme a qué legislación se califica ese hecho del que proceden los bienes y/o

31 Salvo que estemos ante supuestos en los que medie precio, recompensa o promesa.

32 COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de Directiva sobre la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el derecho penal*, 2016, p. 15.

33 Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información y por la que se sustituye la Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo.

34 Ampliamente al respecto, GÓMEZ INIESTA, “Utilización de las nuevas tecnologías en la comisión del blanqueo de dinero”, en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (coords.), *V Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 229 y ss.

si es exigible o no la aplicación del principio de doble incriminación.

En una primera etapa³⁵, puede observarse la exigencia expresa de la doble incriminación, es decir, el hecho en el que tienen origen los bienes debe ser constitutivo de delito tanto en el país donde se cometió como en el que se vayan a juzgar los actos de blanqueo³⁶. Así, por ejemplo, el art. 6.2.c) de la Convención de Palermo dispone que los delitos determinantes incluirán los delitos cometidos tanto dentro como fuera de la jurisdicción del Estado Parte interesado. No obstante, los delitos cometidos fuera de la jurisdicción de un Estado Parte constituirán delito determinante “siempre y cuando el acto correspondiente sea delito con arreglo al derecho interno del Estado en que se haya cometido y constituyese asimismo delito con arreglo al derecho interno del Estado Parte” que juzgue los delitos de blanqueo³⁷. La Convención de Mérida contiene en su art. 23.2.c) una disposición similar³⁸.

El Convenio de Estrasburgo solo contempla en su art. 6.2.a) que “será irrelevante que el delito principal quede sometido a la jurisdicción penal de la Parte”. Algunos autores como Nilsson interpretan que, de acuerdo con este precepto, prevalece el principio de jurisdicción universal, de forma que será irrelevante que el delito del cual procedan los bienes sea o no constitutivo de delito en el país en el que se cometió, es decir, que no cabe exigir la doble incriminación³⁹. Sin embargo, de acuerdo con Blanco Cordero, esta interpretación re-

sulta algo forzada, porque no es lo mismo que el país que vaya a conocer del delito de blanqueo tenga jurisdicción sobre el delito del cual proceden los bienes, que admitir que este no haya de estar sancionado en el lugar de su comisión⁴⁰. Además, en mi opinión, si se realiza una lectura global del Convenio de Estrasburgo, no puede desprenderse que en este se renuncie al principio de doble de incriminación⁴¹. Así, por ejemplo, una de la causas por las que un Estado puede denegar la cooperación judicial es la falta de la doble incriminación. El art. 18.1.f) prevé que se puede negar la cooperación cuando el delito al que se refiere la solicitud no sería considerado delito con arreglo a la legislación de la Parte requerida si se hubiera cometido dentro de su jurisdicción.

En una segunda etapa, se sigue contemplando el principio de doble incriminación, pero se abre la posibilidad para que los Estados renuncien a él. El art. 9.7 del Convenio de Varsovia dispone, como regla, que cada Estado garantice que los delitos previos del blanqueo abarquen las acciones cometidas en otro Estado que constituyan un delito en dicho Estado y que habrían constituido un delito principal si se hubiera cometido en el territorio nacional. A continuación, contempla la posibilidad de que los Estados prevean que “la única condición exigida es que la acción hubiera constituido un delito principal si se hubiera cometido en su territorio”. Como podrá observarse, el Convenio de Varsovia da el primer paso para abandonar la exigencia de la

35 Tal como se reconoce expresamente en sus comentarios, durante las negociaciones de la Convención de Viena de 1988, el tema del lugar en que se comete el delito previo no fue tenido en cuenta. NU, *Comentarios a la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes*, 1998, párr. 3.44.

36 Sin embargo, en el ámbito de la cooperación judicial, en estas dos Convenciones ya se abre la posibilidad a que los Estados renuncien a la doble incriminación. Así, como regla, el art. 18.9 del Convenio de Palermo dispone que los Estados Parte podrán negarse a prestar la asistencia judicial recíproca invocando la ausencia de doble incriminación. Sin embargo, de estimarlo necesario, el Estado Parte requerido podrá prestar asistencia, en la medida en que decida hacerlo a discreción propia, independientemente de que la conducta esté o no tipificada como delito en el derecho interno del Estado Parte requerido. Una disposición con contenido similar se comprende en el art. 46.9.b) de la Convención de Mérida.

37 Véase, NU, *Guías legislativas para la aplicación de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, 2004 (párr. 119); en este párrafo se prevé expresamente que: los Estados deben incluir los delitos cometidos en otros territorios, pero el acto en cuestión debe ser delito tanto en el lugar en que se cometió como en el Estado que aplica la Convención.

38 NU, *Guía legislativa para la aplicación de la Convención contra la Corrupción*, 2012, párr. 246: “No obstante, los delitos cometidos fuera de la jurisdicción de un Estado parte constituirán delito determinante siempre y cuando el acto correspondiente sea delito con arreglo al derecho interno del Estado en que se haya cometido y constituyese asimismo delito con arreglo al derecho interno del Estado parte que aplique o ponga en práctica el presente artículo si el delito se hubiese cometido allí” (apartado c) del párrafo 2 del artículo 23). De este modo, se requiere doble incriminación para que se consideren delitos determinantes los cometidos en otra jurisdicción nacional”.

39 Desde el punto de vista de este autor, si, por ejemplo, el delito de especies en peligro de extinción fuera cometido en el país A y las ganancias blanqueada en el país B, no importaría, porque a efectos de la aplicación de la Convención respecto a la jurisdicción, ya sea o no el comercio de especies en peligro de extinción, sería ilegal en el país B. NILSSON, H., “The Council of Europe Laundering Convention: A Recent Example of a Developing International Criminal Law”, *Criminal Law Forum*, vol. 2, nº 3, 1991, p. 431.

40 BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2015, nota a pie 211, pp. 390 y s. La misma interpretación que cabría realizar respecto a lo que dispone el art. 9.2.a) del Convenio de Varsovia.

41 Por el contrario, en los comentarios a las Convenciones de Palermo y Mérida se afirma que la doble incriminación no es necesaria en el marco del Convenio de Estrasburgo. Véanse, NU, *Guías legislativas para la aplicación de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, 2004, párr. 119, nota a pie 4; NU, *Guía legislativa para la aplicación de la Convención contra la Corrupción*, 2012, párr. 246, nota a pie 30.

doble incriminación, posibilitando así que los Estados castiguen el blanqueo de los capitales procedentes de hechos que, de conformidad con su legislación interna, sean constitutivos de delito, aunque no lo sean en el país en el que se cometieron⁴².

En la tercera etapa, la Directiva (UE) 2018/1673 va más allá del Convenio de Varsovia, pues abandona, como regla, el principio de doble incriminación⁴³. El art. 3.3.c) prevé que los Estados miembros *adoptarán* las medidas necesarias para garantizar que los delitos de blanqueo de capitales se extiendan a todos aquellos bienes que procedan de una conducta que haya tenido lugar en el territorio de otro Estado miembro o en el de un tercer país, “cuando dicha conducta hubiera constituido una actividad delictiva en caso de que se hubiera producido en el territorio nacional”⁴⁴. Solo se requiere que el hecho previo cometido en el extranjero sea constitutivo de delito según la legislación del país que juzgará el blanqueo de capitales; en consecuencia, será irrelevante la calificación jurídica que reciba tal conducta en el lugar de su comisión⁴⁵.

Con la ampliación de la lista y el sistema de umbral previstos para los delitos previos, así como la obligatoriedad de los Estados miembros de la EU de transponer las Directivas en las que se definen delitos y se esta-

blecen penas, el problema de la doble incriminación entre países de la UE puede verse atenuado. Además, teniendo en cuenta que la política criminal de la Unión Europea tiende a una creciente armonización de las legislaciones nacionales, si el hecho previo que genera los bienes es cometido en un país de la UE, distinto al que va a juzgar su blanqueo, lo más seguro es que sea constitutivo de delito en ambos países.

Excepcionalmente, la Directiva *faculta* a los Estados miembros para que puedan exigir la doble incriminación⁴⁶. Es decir, que el hecho previo constituya un delito con arreglo al Derecho nacional del otro Estado miembro o del tercer país en el que se haya cometido y en el que se vaya a juzgar el blanqueo. Sin embargo, esta cláusula de excepcionalidad no es aplicable cuando el hecho previo constituya uno de los delitos mencionados en el artículo 2.1 letras a) a e) y h), según están definidos en el Derecho de la Unión aplicable. Estos son, delitos relativos a la participación delictiva en una organización criminal, terrorismo, trata de seres humanos, explotación sexual, tráfico ilícito de drogas y corrupción.

Con la finalidad primordial de conseguir una cooperación judicial entre los Estados, la normativa de la EU viene flexibilizando, cuando no abandonando, la

42 Según se reconoce expresamente en el Informe Explicativo del Convenio de Varsovia, esta disposición está tomada de la recomendación nº 1 del GAFI (versión 2003), CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport explicatif*, STCE nº 198, 2005, párr. 102.

43 Lo mismo cabe decir respecto a lo previsto en las Recomendaciones del GAFI en su versión de 2012. En la Nota interpretativa a la Recomendación 3 se prevé como regla que los delitos previos deben extenderse a los cometidos en otro país, “que constituye un delito en ese país y que hubiera constituido un delito determinante de haber tenido lugar internamente”. Sin embargo, también se contempla que los países puedan renunciar a la doble incriminación, al disponer que el único prerrequisito sea que la conducta hubiera constituido un delito previo, de haber tenido lugar internamente. GAFI-TATF, *Las Recomendaciones del GAFI*, 2012.

44 La Propuesta de Directiva, de forma bastante confusa, contemplaba también la renuncia a la doble incriminación en los siguientes términos: “Art. 3.2. Para que un delito contemplado en el apartado 1 sea punible no será necesario determinar: c) si la actividad delictiva que ha generado los bienes se ha llevado a cabo en el territorio de otro Estado miembro o en el de un tercer país, cuando la conducta de que se trate constituya un delito penal con arreglo a la legislación nacional del Estado miembro o del tercer país en el que se haya cometido y constituiría un delito penal con arreglo a la legislación nacional del Estado miembro que implemente o aplique el presente artículo de haberse cometido en él”.

45 La Comisión de Desarrollo proponía la incorporación de otro precepto (Artículo 3 —apartado 2— letra c bis) que contemplase que “si la actividad delictiva de la que se derivan los bienes se ha llevado a cabo en el territorio de un tercer país en el que, de conformidad con la legislación nacional del Estado miembro que ejecuta o aplica el presente artículo, habría constituido un delito tipificado como terrorismo o financiación del terrorismo, delincuencia organizada, corrupción, tráfico de seres humanos, explotación sexual, esclavización, tráfico de residuos, tráfico de especies silvestres o delitos fiscales”. La justificación que da es que prever la doble incriminación para algunos delitos facilitaría las actividades de los delincuentes y grupos criminales que aprovechan las lagunas de punibilidad existentes en las jurisdicciones de algunos terceros países para invertir sus beneficios en Europa. Desde el punto de vista de los miembros de la Comisión, estos delitos son tan graves que el hecho de haberlos realizado en el ámbito de un ordenamiento jurídico que no los tipifique como delito no permite invocar el principio de legalidad. Enmienda 12.

46 En la propuesta de Directiva no se prevé esta cláusula. La facultad de los Estados para exigir la doble incriminación fue propuesta por la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios. Así, a través de la enmienda 12 se propone agregar un párrafo al art. 3.2.c) de la Propuesta, en el que se disponga que los Estados miembros podrán requerir que el hecho previo constituya un delito con arreglo a la legislación nacional del otro Estado miembro o del tercer país, siempre que no se trate de delitos relativos a participación en grupo delictivo, terrorismo, trata de seres humanos y tráfico ilícito de migrantes, explotación sexual, corrupción, delitos medioambientales y delitos fiscales. Además, se propone, como cláusula general, que no quepa apreciar la doble incriminación cuando el hecho previo se ha cometido en un país calificado de “alto riesgo” de conformidad con lo dispuesto en el art. 9 de la Directiva (UE) 2015/849, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo. Véase también en este sentido, Enmienda 32 de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior (Artículo 3 - apartado 2 - letra c).

exigencia del principio de doble incriminación. Esto supone, en la práctica, que un Estado podría procesar por blanqueo cuando los bienes tienen su origen en hechos que, aunque según su legislación son constitutivos de delito, en el país en el que se cometieron pueden ser constitutivos de ilícitos administrativos, civiles o tributarios, e incluso de hechos perfectamente lícitos. Sin embargo, no podemos perder de vista que este principio también debe suponer una garantía para cualquier persona, en el sentido de que si determinados actos no tienen relevancia penal en el país en el que se realizaron, tampoco deberían tenerla en un tercer país. Lo contrario sería infringir el principio de legalidad, reconocido como un derecho fundamental en el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Como hemos visto, cuando los bienes proceden de un hecho relativo al tráfico de drogas, la renuncia al principio de doble incriminación es obligatoria. Es decir, es suficiente que este hecho sea constitutivo de delito según la legislación del país en el que se vaya a juzgar el blanqueo, aunque en el país en el que se realizó sea lícito. Sin embargo, si tenemos en cuenta el cambio de política criminal relativa al tráfico de drogas que se viene produciendo en terceros países y numerosos Estados de EE.UU., es muy cuestionable que la Directiva obligue a los Estados a castigar como delito el “blanqueo” de bienes de procedencia lícita.

Imaginemos que los bienes constituyen los beneficios obtenidos del cultivo o comercialización del cannabis en Paraguay⁴⁷, Canadá⁴⁸ u Oregón⁴⁹. Teniendo en cuenta que, por ejemplo, en España estos hechos son constitutivos de un delito, y según la Directiva, estos bienes serían objetos idóneos para el blanqueo, por lo que, si se transfieren a una cuenta bancaria radicada en España, esta conducta podría ser constitutiva de un delito de blanqueo de capitales.

Pero, como se sabe, en estos países y en este Estado, y otros más de EE.UU., el cultivo y la comercialización del cannabis es una actividad lícita, no solo sometida a un estricto control administrativo sino también a una fuerte presión fiscal. Los beneficios obtenidos de su comercialización son lícitos, por lo tanto, no necesitan pasar por el proceso del blanqueo, es decir, no es necesario que pierdan una cualidad delictiva, porque no la tienen, con la finalidad de incorporarlos en el tráfico económico. Además, la circulación de estos bienes

de ninguna forma puede perjudicar “la integridad, estabilidad y reputación del sector financiero” ni menos “constituyen una amenaza para el mercado interior”, que es lo que según la Directiva se pretende proteger y castigar a través del blanqueo de capitales. Si esto fuera así, ninguna de las empresas dedicadas al cultivo y/o comercialización del cannabis en estos países podría cotizar en la bolsa de valores, tal como vienen haciendo, ni menos realizar ningún tipo de negociación con esos bienes en los mercados de los países de la UE, porque según la Directiva estarían cometiendo blanqueo de capitales.

3.3. La prueba del delito previo: art. 3.3, letras a) y b)

El blanqueo de capitales es un delito autónomo, pero lo que determina su tipicidad es la previa realización de un delito que ha generado bienes. Este delito previo es un elemento del tipo objetivo y como tal debe ser objeto de prueba en el respectivo procedimiento penal.

La existencia de este delito previo puede ser probada mediante una sentencia penal firme y definitiva. Pero, aunque una sentencia condenatoria anterior o simultánea sea una prueba para acreditar la existencia de delito previo, no debería ser una condición *sine qua non* para condenar por blanqueo, debido a que, en la práctica, la penalización de los actos de blanqueo sería casi imposible.

El art. 9.5 del Convenio de Varsovia establece que cada Parte garantizará que pueda imponerse una condena por blanqueo de capitales sin necesidad de una condena previa o simultánea por el delito principal. Sin embargo, cierto sector doctrinal considera que el delito previo no sería tal sino es por su constatación en sentencia penal firme. Por ello, reafirmando lo previsto en el Convenio de Varsovia, la letra a) del art. 3.3 de la Directiva (UE) 2018/1673 dispone que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que la existencia de una condena previa o simultánea por la actividad delictiva de la que provienen los bienes no constituya un requisito previo para una condena por los delitos de blanqueo⁵⁰.

Ahora bien, una cosa es que la existencia del delito previo pueda afirmarse sin previa condena, y otra es que la prueba del mismo no sea tan exigible como lo es la relativa a cualquiera de los otros elementos del tipo.

47 Ley Nº 19.172. Marihuana y sus derivados. Control y regulación del estado de la importación, producción, adquisición, almacenamiento, comercialización y distribución, 20.12.2013.

48 Cannabis Act, también conocida como “Bill C-45”, 21.06.2018.

49 Oregon Ballot Measure 91, de 2014, relativa al control, regulación y fiscalización de la marihuana y cannabis industrial; Oregon SB 1511, de 2015, que permite la venta de cannabis recreativo a través de los dispensarios.

50 Al respecto, en la Nota interpretativa de la Recomendación 3 del GAFI, solo se contempla que: “al probar que esos bienes son activos del crimen, no debe ser necesario que una persona sea condenada por un delito determinante”.

Pero, la cuestión es determinar, a falta de sentencia condenatoria, qué es necesario para probar la existencia del delito previo en el que tienen origen los bienes.

Tal como se expone en la Propuesta de Directiva, la determinación precisa de los delitos previos es un obstáculo importante, que puede dificultar sobremedida la lucha transfronteriza contra el blanqueo de capitales; además, el establecimiento del vínculo entre unos capitales sospechosos y un delito previo en concreto es la mayor dificultad a la hora de investigar un caso de blanqueo de capitales. Para salvar estos obstáculos, que ya fueron detectados por los redactores del Convenio de Varsovia, la letra b) del art. 3.3 de la Directiva (UE) 2018/1673 prevé que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que sea posible una condena por los delitos de blanqueo de capitales cuando se dificulte a la hora de investigar un caso de actividad delictiva, sin que sea necesario establecer todos los elementos fácticos o todas las circunstancias relativas a dicha actividad delictiva, incluida la identidad del autor. Esta disposición es más explícita que lo previsto en el Convenio de Varsovia, que solo contemplaba que no era necesario determinar con precisión de qué delito previo se trataba⁵¹.

Como se observa, la Directiva no renuncia a la previa comprobación de que los bienes provienen de una actividad delictiva o de un delito previo. El delito de blanqueo de capitales no es un delito de sospecha, por lo que será necesaria la certeza, más allá de toda duda razonable, de que concurre, entre otros elementos, una actividad delictiva previa que ha generado los bienes objeto del blanqueo. Ahora bien, aunque no se requiere determinar todos los elementos de esa actividad delictiva como, por ejemplo, la identidad del autor, no basta con la comprobación de que los bienes tienen procedencia ilícita o que no se pueda probar su procedencia lícita; será necesario que se concrete, al menos, la naturaleza de delito previo, que permita establecer de forma genérica su comisión, aunque no se pueda o tenga que determinar su grado de ejecución o los intervinientes en el mismo.

4. Los delitos de blanqueo de capitales: art. 3

Tal como analizaré a continuación, las conductas que, según el art. 3.1 de la Directiva (UE) 2018/1673, los Estados deben garantizar que sean castigadas como delitos de blanqueo de capitales coinciden, en gran me-

didada, con las previstas en todos los documentos internacionales y regionales en los que se ha regulado este delito. Por este motivo, y por la abundante bibliografía existente como consecuencia de su incorporación a la legislación española, solo resaltaremos las cuestiones más relevantes.

4.1. La conversión o la transmisión de bienes, a sabiendas de que dichos bienes provienen de una actividad delictiva, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a personas que estén implicadas en dicha actividad a eludir las consecuencias legales de su acto: art. 3.1.a)

En esta modalidad de blanqueo, los verbos utilizados en la descripción del tipo son dos: la “conversión” y la “transmisión”, tal como se contempla en los Convenios de Estrasburgo y Varsovia; aunque en los Convenios de Viena, Mérida y Palermo se utiliza el término “transferencia”. En los Comentarios o Guías legislativas para la aplicación de estos Instrumentos internacionales se señala que, en el caso de bienes tangibles, estos términos pueden utilizarse para abarcar la transferencia del bien sin que esta sufra modificación alguna; o casos en que los mismos activos se trasladan de un lugar o jurisdicción a otro o de una cuenta bancaria a otra. También puede abarcar supuestos de conversión del bien en otra forma, por su venta o intercambio, de modo que el valor del bien esté representado por dinero u otro bien distinto, por ejemplo, mediante la venta de propiedades adquiridas ilícitamente. En el caso de dinero, este puede ser convertido en otra moneda o en algún otro tipo de bienes, por ejemplo, mediante el depósito en un banco o la compra de acciones o bonos⁵², utilizado para adquirir un bien inmueble o para la compra de metales preciosos⁵³.

La conversión o transmisión debe tener por objeto uno de los dos propósitos establecidos en la Directiva, es decir, no es suficiente que el sujeto, a sabiendas de que dichos bienes provienen de una actividad delictiva, realice cualquiera de las dos conductas típicas, sino que se requiere además, que actúe por cualquiera de las siguientes finalidades: (i) para ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes; o (ii) para ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones. La primera de ellas se expresa en términos del bien, en tanto que el sujeto debe actuar para

51 Art. 9.6 del Convenio de Varsovia: “Cada Parte garantizará que pueda imponerse una condena por blanqueo en el sentido del presente artículo cuando se haya probado que los bienes objeto de una de las acciones enumeradas en los apartados 1.a) o 1.b) del presente artículo provienen de un delito principal, sin que sea necesario determinar con precisión de qué delito principal se trata”.

52 NU, *Comentarios a la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes*, 1998, párr. 3.47

53 NU, *Guías legislativas para la aplicación de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, 2004, párr. 100; NU, *Guía legislativa para la aplicación de la Convención contra la Corrupción*, 2012, párr. 231.

encubrir el origen ilícito de este. Así, toda conversión o transmisión puede tener el efecto de ocultar o encubrir el origen de los bienes, pero lo que se exige es que se haga con ese propósito, que el sujeto actúe con esa motivación. La segunda finalidad se refiere a ayudar a cualquier persona a eludir las consecuencias legales de su participación en el delito o delitos. Como se determina en los Comentarios a la Convención de Viena, existe un solapamiento entre estos dos propósitos, ya que en muchos casos ambos serán coincidentes, puesto que el origen ilícito de los bienes se encubrirá a fin de reducir la posibilidad de decomisarlos y de condenar al delincuente⁵⁴. Sin embargo, aunque la ocultación del origen delictivo de los bienes pueda realizarse, a su vez, para ayudar a los intervinientes en el delito previo a eludir las consecuencias legales de sus actos, hay que tener en cuenta que con esta última finalidad solo podrá considerarse como típica la actuación del tercero.

Teniendo en cuenta estas dos finalidades por separado, también podría afirmarse que en el art. 3.1.a) se contienen realmente dos modalidades de blanqueo. Por un lado, la conversión o transmisión de bienes, a sabiendas de su procedencia delictiva, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes; y, por otro lado, la conversión o la transmisión de bienes, a sabiendas de su procedencia ilícita, con el propósito de ayudar a personas que estén implicadas en dicha actividad a eludir las consecuencias legales de su acto.

En cualquier caso, se trata de un tipo mixto alternativo, por lo que la realización de una de las dos conductas típicas, o de las dos, por cualquiera de las finalidades descritas, dará lugar a la responsabilidad por un solo delito de blanqueo. Además, hay que tener en cuenta de que se trata de un delito de resultado cortado, es decir, basta que el sujeto convierta y/o transfiera los bienes, independientemente de si consigue o no ocultar o encubrir su origen delictivo o ayudar a los intervinientes en el delito previo a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos.

4.2. La ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o derechos sobre los bienes o la propiedad de los mismos, a

sabiendas de que dichos bienes provienen de una actividad delictiva: art. 3.1.b)

Los verbos típicos utilizados en este precepto también son dos: “ocultar” y “encubrir”; aunque este último verbo, en las Convenciones de Palermo y Mérida, y en los Convenios de Estrasburgo y Varsovia, es “simular”. Como podrá observarse, en la descripción de estas conductas no se requiere que el autor actúe con alguna finalidad o propósito, como se exige para la conversión y la transmisión; sin embargo, tal como se recoge en los Comentarios a la Convención de Viena, esto parece estar implícito en el lenguaje utilizado en la redacción del precepto⁵⁵.

4.3. La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción, de que dichos bienes provienen de una actividad delictiva: art. 3.1.c)

Según las Convenciones de Viena, Palermo y Mérida, y en los Convenios de Estrasburgo y Varsovia, las dos anteriores modalidades de blanqueo de capitales son de obligada tipificación por los Estados Parte. Sin embargo, la tipificación de la adquisición, posesión y utilización están sujetas a una cláusula de salvaguarda o reserva. Así, el art. 3.1.c) de la Convención de Viena dispone que, a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Parte se comprometen a tipificar como delito la adquisición, la posesión o la utilización de bienes a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden... Con ligeras modificaciones en su redacción, que no alteran su contenido, esta cláusula de reserva también se contiene en las Convenciones de Palermo⁵⁶ y Mérida⁵⁷.

En la misma línea, el art. 9.1 del Convenio de Varsovia, tal como ya se dispone en el Convenio de Estrasburgo⁵⁸, prevé que las Partes, “con sujeción a sus principios constitucionales y a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico”, tipifiquen como delito la adquisición, posesión o uso de bienes, sabiendo, en el momento de recibirlos, que se trata de productos⁵⁹.

Esta cláusula tiene como objetivo principal, según se desprende de los Comentarios a la Convención de Viena, reconocer las dificultades de algunos Estados en

54 NU, *Comentarios a la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes*, 1998, párr. 3.49.

55 NU, *Comentarios a la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes*, 1998, párr. 3.50.

56 Véase art. 6.1.b) de la Convención de Palermo.

57 Véase art. 23.1.b) de la Convención de Mérida.

58 Art. 6.1 del Convenio de Estrasburgo.

59 Según los Convenios de Estrasburgo y Varsovia, también está sujeta a esta cláusula de reserva la tipificación de la participación, asociación o conspiración para cometer cualquiera de los delitos tipificados de conformidad con el presente artículo, así como las tentativas de cometerlos y el auxilio, la complicidad, la ayuda y el asesoramiento para su comisión. Véanse la letra d) del art. 6.1 del Convenio de Estrasburgo y letra d) del art. 9.1 del Convenio de Varsovia.

relación con el alcance de estas conductas⁶⁰. Se afirma que esta cláusula de salvaguardia funciona a modo de filtro respecto a las obligaciones de los Estados Parte en caso de que existan normas constitucionales o fundamentales en conflicto con esas obligaciones⁶¹. Sin embargo, según los redactores de los Informes Explicativos a los Convenios de Estrasburgo y Varsovia, en la medida en que la tipificación de cualquiera de las conductas no sea contraria a dichos principios o conceptos, el Estado Parte tiene la obligación de tipificarlas como delito⁶².

Pues bien, la Directiva (UE) 2018/1673 prescinde totalmente de la cláusula de reserva. Es decir, al describir los delitos en el art. 3.1, no distingue entre las conductas cuya tipificación es obligatoria para los Estados y aquellas cuya tipificación queda condicionada a los principios constitucionales y los conceptos básicos de los ordenamientos jurídicos internos. En consecuencia, los Estados tendrán la obligación de tipificar como delito la mera adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción, de que dichos bienes provienen de una actividad delictiva. De esta forma, se consolida una tendencia a criminalizar cualquier tipo de conducta que se realice sobre bienes de procedencia delictiva, sin tener en cuenta consideraciones de *ultima ratio*, *ne bis in idem* o proporcionalidad.

Se configura así un “un tipo de aislamiento”, tal como señaló Bottke con relación a la legislación penal alemana⁶³. Es decir, este precepto pretendería aislar tanto al autor del hecho delictivo previo como a los bienes que tienen origen en el mismo, de forma que no puedan ser aptos para la circulación. De esta forma, se amenaza con una pena a todos aquellos que realicen cualquier acto con bienes de procedencia delictiva, lo que supone, por ejemplo, que cualquier ciudadano proveedor de bienes o servicios que recibe, como contraprestación de los mismos, un bien cuyo origen delictivo conocía, será castigado por blanqueo de capitales. La obligatoriedad de tipificar como delito la adquisición, posesión y utilización supone criminalizar no solo conductas de la

actividad negocial, sino también conductas socialmente adecuadas o acciones de la vida cotidiana que nada tienen que ver con el delito de blanqueo⁶⁴.

Esta modalidad de blanqueo es un “híbrido” entre los delitos de posesión injustificada de bienes y el de enriquecimiento ilícito de particulares, prevista en algunas legislaciones comparadas (sin descartar otros delitos). Así, la legislación francesa castiga como delito el hecho de no poder justificar los recursos que se correspondan con el nivel de vida o no poder justificar el origen de un bien que se posee, mientras se mantiene una relación habitual con una o más personas que se dediquen a la comisión de crímenes o delitos castigados al menos con cinco años de pena de prisión, o con las víctimas de estos, y les reporte un beneficio directo o indirecto; por tanto, bastará con probar las relaciones habituales entre el acusado y el autor o autores de los delitos subyacentes o con las víctimas de estos, y un estilo de vida no acorde con sus ingresos lícitos. En otras legislaciones se castiga no solo el enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos, tal como prevé el art. 20 de la Convención de Mérida, sino también el de particulares. Así, el art. 327 del Código penal colombiano castiga el enriquecimiento ilícito de particulares, cuyos elementos esenciales son: (i) el sujeto activo puede ser cualquier persona que actúe de forma directa o por persona interpuesta; (ii) que obtenga un incremento patrimonial no justificado; y (iii) que este incremento derive de una u otra forma de actividades delictivas. La principal característica de esta regulación es que el incremento patrimonial puede proceder de los beneficios que genere cualquier actividad delictiva, es decir, se enmarca en la lucha contra los beneficios que puede generar cualquier forma de criminalidad⁶⁵.

Además, la obligatoriedad de tipificar la mera adquisición, posesión y utilización de bienes de procedencia delictiva va a provocar importantes, y algunas veces insalvables, relaciones concursales con el decomiso, especialmente el decomiso de bienes adquiridos por terceros.

60 NU, *Comentarios a la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes*, 1998, párr. 3.66.

61 NU, *Guías legislativas para la aplicación de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, 2004, párr. 13.

62 CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport explicatif*, STE n° 141, 1990, párr. 32; CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport explicatif*, STCE n° 198, 2005, párr. 94.

63 BOTTKE, “Teleologie und Effektivität der Normen gegen Geldwäsche”, *Wistra*, n° 2, 1995, p. 122.

64 La introducción en 2010 de la utilización y posesión de bienes como conductas de blanqueo de capitales en el Código penal español, fue duramente criticada por el Consejo General del Poder Judicial en su informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal, en el que se sostiene que la pretensión de sancionar a quien simplemente posee o utiliza los bienes conociendo su origen delictivo, no está incriminando conductas que resulten propiamente de blanqueo, “ya que las conductas de poseer o utilizar no suponen necesariamente un acto de disimulo del origen de los bienes, porque no comportan, ni siquiera, un cambio de titularidad real o aparente, como podría suceder en la modalidad de adquisición”, CGPJ, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal*, 18 de febrero de 2009, p. 120.

65 Ampliamente al respecto, DEL-CARPIO-DELGADO, “El delito de ‘enriquecimiento ilícito’: análisis de la normativa internacional”, *Revista General de Derecho Penal*, n° 23, 2013, 67 pp.

Según las Guías legislativas para la aplicación de las Convenciones de Mérida y Palermo, la adquisición, posesión o utilización de bienes a sabiendas de su procedencia delictiva, constituye una imagen especular de la conversión o la transferencia de bienes, en tanto que en estas últimas se puede establecer la responsabilidad de los proveedores de bienes ilícitos, mientras que en las anteriores se establece la responsabilidad de los receptores que, a sabiendas de su procedencia delictiva, adquieren, poseen o utilizan esos bienes, sin un fin particular⁶⁶. Para configurar el delito es esencial que el sujeto haya recibido los bienes, es decir, debe haber una “recepción” de los mismos. Respecto a la definición de la adquisición, caben dos posibilidades interpretativas: que se trate de la adquisición de la propiedad o algún otro interés en los bienes; o, por el contrario, si se refiere a la toma de posesión, que las referencias a “posesión” y “utilización” pueden ser innecesarias⁶⁷.

El art. 9 de la Directiva 2014/42/UE, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea, prevé que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para posibilitar el decomiso de productos del delito que, directa o indirectamente, hayan sido adquiridos por terceros de un sospechoso o un acusado, al menos cuando esos terceros tuvieran o hubieran debido tener conocimiento de que el objetivo de la transferencia o adquisición era evitar el decomiso⁶⁸. Si el objeto de este decomiso puede ser objeto idóneo de blanqueo, es decir, un bien evaluable económicamente y susceptible de ser incorporado al patrimonio y, por lo tanto, al tráfico lícito de bienes, cualquier tercero que los haya adquirido a sabiendas de su procedencia delictiva estará cometiendo un delito de blanqueo de capitales. Como podrá observarse, el solapamiento entre esta modalidad de blanqueo y la regulación del decomiso de bienes adquiridos por terceros en la Directiva 2014/42/UE es innegable⁶⁹.

Finalmente, si tenemos en cuenta que el blanqueo de capitales es el proceso mediante el cual se pretende que los bienes de origen delictivo pierdan tal cualidad con la finalidad de incorporarlos en el tráfico económico, la tipificación de la mera adquisición, posesión o utilización de los bienes supone elevar a la categoría de delitos autónomos conductas que realmente podrían constituir una tentativa de cualquiera de las dos anteriores modalidades de blanqueo. Esta circunstancia deberá ser considerada por los legisladores nacionales a la hora de determinar la pena adecuada a cada una de las modalidades de blanqueo. Teniendo en cuenta además que, como dispone el art. 4 de la Directiva, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que la complicidad, la inducción y la tentativa de las modalidades de blanqueo sean castigadas como delito.

5. La obligatoriedad de tipificar el Autoblanqueo: art. 3.5.

Respecto a la regulación del autoblanqueo, tanto en la normativa internacional y regional, también pueden observarse las siguientes etapas.

En una primera etapa, que se corresponde con la aprobación de la Convención de Viena, no se disponía nada respecto a la punición o no del autoblanqueo, en atención, según se dice en sus Comentarios, de que el delito de blanqueo es esencialmente cometido por una tercera persona⁷⁰.

En la segunda etapa, según lo previsto en las Convenciones de Palermo, Mérida y en los Convenios de Estrasburgo y Varsovia, los Estados Parte pueden disponer que los delitos de blanqueo de capitales no se apliquen a las personas que hayan cometido el delito previo⁷¹. Así, el art. 9.2.b) del Convenio de Varsovia, al igual que lo dispuesto en el Convenio de Estrasburgo, prevé que puede establecerse que los delitos de blan-

66 NU, *Guías legislativas para la aplicación de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, 2004, párrs. 108 y s.; NU, *Guía legislativa para la aplicación de la Convención contra la Corrupción*, 2012, párrs. 240 y s.

67 NU, *Comentarios a la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes*, 1998, párr. 3.69.

68 Ampliamente al respecto, AGUADO CORREA, “La Directiva 2014/42/UE sobre embargo y decomiso en la Unión Europea: Una solución de compromiso a medio camino”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 35, 2015, pp. 23 y ss.

69 Ampliamente al respecto, con relación a la legislación española, DEL-CARPIO-DELGADO, “Decomiso de bienes transferidos a terceros tras la reforma de 2015 del Código penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 122, 2017, pp. 89-132. DE LA MISMA AUTORA, “Adquisición de bienes de procedencia delictiva: ¿decomiso o blanqueo de capitales?”, *Revista General de Derecho penal*, nº 28, 2017, 28 pp.

70 En los Comentarios a esta Convención, los expertos inciden en la dificultad que este tema representa para los legisladores nacionales. Así, se reconoce que, dado el lenguaje utilizado, y en particular la referencia a la transferencia como conducta típica, puede aplicarse a la persona que comete el delito inicial; pero también existen opiniones en el sentido de que el delito de blanqueo es esencialmente cometido por otra persona en apoyo del “delito imputado”. Ante estas dos posiciones, en sus Comentarios, se concluye que la Convención pareciera no obligar a las partes respecto de una u otra opinión sobre esta cuestión. NU, *Comentarios a la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes*, 1998, párr. 3.42.

71 El art. 6.2.e) de la Convención de Palermo dispone que “si así lo requieren los principios fundamentales del derecho interno de un Estado Parte, podrá disponerse que los delitos tipificados en el párrafo 1 del presente artículo no se aplicarán a las personas que ha-

queo de capitales “no se apliquen a las personas que cometieron el delito principal”. Según el Informe Explicativo de la Convención de Varsovia, esta disposición tiene en cuenta el hecho de que en ciertos Estados, debido a los principios fundamentales del Derecho penal interno, la persona que cometió el delito previo no puede responder adicionalmente por un delito de blanqueo sobre esos bienes⁷². Puede afirmarse que, en esta etapa, tácitamente se admite como regla general la punición del autoblanqueo; pero, teniendo en cuenta que el régimen jurídico interno de algunos países impediría castigar por blanqueo a quien ha intervenido en el delito previo, dan la opción a que puedan excluir el castigo por blanqueo a los intervinientes en el delito previo.

En la tercera etapa, la Directiva (UE) 2018/1673 exige de forma expresa que los Estados miembros tipifiquen como delito el autoblanqueo. Según dispone el art. 3.5, los Estados miembros *adoptarán* las medidas necesarias para garantizar que la conducta a que se refiere el apartado 1, letras a) y b), sea castigada como delito cuando sea cometida por personas que hayan realizado la actividad delictiva de la que provienen los bienes o que hayan participado en ella. Ahora bien, la obligación de tipificar el autoblanqueo está limitada a los delitos de blanqueo que consistan en convertir, transferir, ocultar o encubrir, es decir, a las dos primeras modalidades de blanqueo, por lo que, como no podría ser de otra forma, no es aplicable a la mera adquisición, posesión o utilización de los bienes.

Aunque estemos de acuerdo con el castigo del autoblanqueo para las dos primeras modalidades, no significa asumir que el interviniente en el delito previo pueda responder, siempre y en todo caso, cuando, por ejemplo, convierte o transmite bienes. Habrá que analizar caso por caso, teniendo en cuenta si el delito previo ya supone la afectación de los intereses que se pretenden proteger con el blanqueo o si el castigo por la comisión del delito previo ya incluye el desvalor del blanqueo. Por ello, aunque los Estados tengan la obligación de tipificar como delito el autoblanqueo, no puede asumirse de forma automática que el autor del delito previo pueda ser, a su vez, autor de las dos primeras modalidades de blanqueo.

Sí es un acierto excluir la punición del autoblanqueo en casos de mera adquisición, posesión y utilización, ya que lo contrario llevaría a situaciones realmente absurdas. Por un lado, porque el interviniente en el delito previo no puede adquirir lo que ya posee como consecuencia de la comisión del delito. Además, aunque adquiriera los bienes que puedan corresponder a otro de los intervinientes, por ejemplo, tras el reparto del botín o de los beneficios obtenidos, en este caso lo que procede es su decomiso. Por otro lado, castigar como blanqueo la mera posesión o utilización de los bienes obtenidos de la comisión de un delito por el que debe ser juzgado, infringiría el principio *ne bis in idem*.

6. El blanqueo de capitales por imprudencia: art. 3.2

Todos los instrumentos normativos emanados de la ONU conciben el blanqueo de capitales como un delito eminentemente doloso; por ello, inciden en que las distintas conductas constitutivas de blanqueo se tipifiquen como delito siempre que sean cometidas “intencionalmente”. En consecuencia, las Convenciones de Viena, Palermo y Mérida no contemplan la posibilidad de que los Estados tipifiquen el blanqueo de capitales cometido por imprudencia, aunque tampoco la excluyen expresamente.

Por el contrario, el Convenio de Estrasburgo⁷³ y, más ampliamente, el de Varsovia, contemplan la posibilidad de que los Estados Parte puedan tipificar el blanqueo cometido por imprudencia. Así, el art. 9.3 del Convenio de Varsovia dispone que los Estados puedan adoptar las medidas necesarias para tipificar como delitos, todos o una parte de los delitos de blanqueo, cuando el sujeto: a) albergaba sospechas de que los bienes eran producto de un delito y/o b) debería haber presumido que los bienes eran producto de un delito.

En la misma línea, el art. 3.2 de la Directiva (UE) 2018/1673, faculta a los Estados para que puedan adoptar las medidas necesarias con la finalidad de garantizar que todas las modalidades de blanqueo, tanto las que consisten en la ocultación y/o encubrimiento, como la mera adquisición, posesión o utilización, sean castigadas como delito cuando el autor “sospechara o debiera haber sabido que los bienes provenían de una actividad delictiva”.

yan cometido el delito determinante”. La misma disposición está prevista en el art. 23.2.e) de la Convención de Mérida. En las Guías legislativas para la aplicación de ambos Instrumentos se reconoce que las constituciones o los principios fundamentales de algunos ordenamientos jurídicos nacionales no permiten enjuiciar y castigar a un delincuente a la vez por el delito previo y por el blanqueo de capitales. NU, *Guías legislativas para la aplicación de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, 2004, párr. 120; NU, *Guía legislativa para la aplicación de la Convención contra la Corrupción*, 2012, párr. 249.

72 CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport explicatif*, STCE n° 198, 2005, párr. 95. Igualmente, en CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport explicatif*, STE n° 141, 1990, párr. 32;

73 Art. 6.3 del Convenio de Estrasburgo: “Cada Parte podrá adoptar las medidas que considere necesarias para tipificar también como delitos en virtud de su legislación nacional la totalidad o una parte de las acciones mencionadas en el párrafo 1 del presente artículo, en alguno o en todos los casos siguientes en que el delincuente: a) Debería haber presumido que los bienes eran producto de un delito”.

Como se observa, la Directiva no configura una imprudencia sobre la forma en la que se comete el delito, es decir, no castiga los actos de ocultación, encubrimiento o adquisición cometidos por imprudencia. Por el contrario, la imprudencia recae sobre el conocimiento del origen delictivo de los bienes. Es decir, una persona podrá ser autora de un delito de blanqueo de capitales por imprudencia si, pudiendo o debiendo conocer la procedencia delictiva de los bienes, los transfiere, convierte u oculta.

7. Régimen punitivo para las personas físicas: arts. 5 y 6

1. Con relación a las penas que deben o pueden ser impuestas por la comisión del blanqueo, en las Convenciones de Viena, Palermo y Mérida, solo se dispone que cada Parte garantice que se apliquen “sanciones proporcionadas” que tengan en cuenta la gravedad de los delitos. En los Convenios de Estrasburgo y Varsovia nada se prevé con respecto a las penas que deben o pueden ser impuestas a las personas físicas. Sin embargo, en la Decisión marco del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, se prevé que los Estados miembros adopten las medidas necesarias, coherentes con su sistema penal, para que los delitos de blanqueo de capitales que consistan en convertir, transmitir, ocultar o encubrir, previstos en las letras a) y b) del art. 6.1 del Convenio de Estrasburgo, sean castigados con penas privativas de libertad cuya duración máxima no pueda ser inferior a cuatro años⁷⁴.

Al igual que la Decisión marco, la Directiva (UE) 2018/1673 también establece la obligatoriedad de imponer una pena, y señala los años que debe tener el límite mínimo de la pena máxima, además de contemplar algunas agravantes. Como premisa, el art. 5.1 dispone que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los delitos de blanqueo de capitales, teniendo en cuenta su grado de ejecución y el título de imputación de sus intervinientes, sean castigados con penas efectivas, proporcionadas y disuasorias. Sin embargo, de acuerdo con lo previsto en el considerando (14), “a fin de prevenir el blanqueo de capitales en toda la Unión, los Estados miembros deben garantizar que sea castigado con una pena máxima de privación de libertad de al menos cuatro años”. En efecto, según se desprende del art. 5.2, cuando se trate

del autor de un delito de blanqueo consumado o en caso de autoblanqueo consumado, los Estados deben garantizar que pueda castigarse con una pena de privación de libertad cuya duración máxima no sea inferior a cuatro años.

El art. 5.3 también prevé que los Estados contemplen, en caso necesario, que los intervinientes en el delito de blanqueo sean objeto de sanciones o medidas adicionales, como puede ser la imposición de pena de multa, inhabilitación temporal para ejercer actividades comerciales, la exclusión temporal o permanente del acceso a la financiación pública, incluidas las licitaciones, subvenciones y concesiones, o la prohibición de ejercer cargos electos o públicos.

2. De forma separada, el art. 6 de la Directiva (UE) 2018/1673 regula las circunstancias agravantes que los Estados deben o pueden tener en cuenta. Por un lado, el numeral 1 dispone que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que, en relación con los delitos de blanqueo doloso que se contemplan en la Directiva, se consideren como circunstancias agravantes: a) que el delito se haya cometido en el marco de una organización delictiva en el sentido de la Decisión marco 2008/841/JAI, de 24 de octubre, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada; y, b) que el autor sea una entidad obligada en el sentido del artículo 2 de la Directiva (UE) 2015/849, y haya cometido el delito en el ejercicio de su actividad profesional⁷⁵. Así, por ejemplo, en aplicación de esta última disposición, será una circunstancia agravante que el autor sea un asesor fiscal o un notario y cometa un delito de blanqueo en el ejercicio de su profesión.

Por otro lado, la Directiva faculta a los Estados para que, también en casos de delitos de blanqueo doloso, consideren como agravantes las circunstancias siguientes: a) que el valor de los bienes objeto del blanqueo sea considerable; o b) que los bienes objeto del blanqueo provengan de uno de los delitos a que se refiere el artículo 2, punto 1, letras a) a e) y h), es decir, delitos relativos a la participación delictiva en una organización criminal, terrorismo, trata de seres humanos, explotación sexual, tráfico ilícito de drogas y corrupción.

Finalmente, el art. 9 de la Directiva (UE) 2018/1673 dispone que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para garantizar que, cuando proceda, se acuerde, de conformidad con la Directiva 2014/42/UE,

74 CONSEJO DE EUROPA, *Decisión marco del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito* (2001/500/JAI).

75 Entre las que se encuentran: a) auditores, contables externos y asesores fiscales; b) notarios y otros profesionales del Derecho independientes; c) proveedores de servicios a sociedades y fideicomisos; los agentes inmobiliarios; e) otras personas que comercien con bienes únicamente en la medida en que los pagos se efectúen o se reciban en efectivo y por importe igual o superior a 10 000 EUR, ya se realicen en una transacción o en varias transacciones entre las que parezca existir algún tipo de relación; y, f) los proveedores de servicios de juegos de azar.

el embargo o el decomiso del producto de la comisión o de la contribución a la comisión de los delitos de blanqueo, así como de los instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados para tal comisión o contribución.

8. Responsabilidad de las personas jurídicas: arts. 7 y 8

Las Convenciones de Palermo y Mérida *exigen* que los Estados establezcan la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos de blanqueo de capitales. De conformidad con lo establecido en el art. 10 del Convenio de Palermo, el Estado Parte *adoptará* las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de *establecer* la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, así como por los delitos contemplados en el Convenio, entre los que se encuentra el blanqueo de capitales. Sin embargo, tal como se desarrolla en su Guía legislativa, los Estados Parte no están obligados a establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas si ello es incompatible con sus principios jurídicos. Por lo que, una responsabilidad civil o administrativa será suficiente para cumplir esta exigencia⁷⁶. Además, se contempla que la responsabilidad penal de las personas jurídicas debe ser compatible con la responsabilidad penal de las personas físicas que hayan cometido los delitos. Una disposición con contenido similar se prevé en el art. 26 de la Convención de Mérida.

El art. 10.1 del Convenio de Varsovia dispone que los Estados deberán adoptar cualquier medida para garantizar que las personas jurídicas puedan ser responsables por los delitos de blanqueo de capitales. Este precepto no determina el tipo de responsabilidad en la que puede incurrir la persona jurídica, ni menos obliga a establecer que las estas sean penalmente responsables por los delitos de blanqueo de capitales. En atención a ello, según se dispone en el numeral 4 del mismo artículo, los Estados Parte cumplen con esta obligación previendo sanciones penales o no penales como las administrativas o civiles, siempre que sean efectivas, proporcionadas y disuasorias.

El art. 7 de la Directiva (UE) 2018/1673, en la misma línea con lo previsto en el Convenio de Varsovia, dispone que los Estados adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas *puedan* ser consideradas *responsables* de cualquier delito de blanqueo de capitales. Es decir, no obliga a los Estados a prever la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero sí obliga a establecer algún tipo de responsabilidad, penal o no penal, para las personas jurídicas que intervienen en los delitos de blanqueo de capitales,

y a garantizar que sean castigadas con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias.

De conformidad con art. 7.1 de la Directiva, las personas jurídicas pueden ser responsables por blanqueo de capitales siempre que se den los siguientes requisitos de forma cumulativa: (i) que el delito se haya cometido en su beneficio; y (ii) que su autor sea una persona física que haya actuado a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica que ostente un cargo directivo dentro de la misma. Este cargo directivo puede estar basado en: a) un poder de representación de la persona jurídica; b) la facultad de adoptar decisiones por cuenta de la persona jurídica; o c) la facultad de ejercer control dentro de la persona jurídica.

La responsabilidad de las personas jurídicas se extiende a supuestos en los que la falta de control o supervisión interna posibilite la comisión de delitos de blanqueo. Según dispone el numeral 2 del mismo artículo, los Estados deben garantizar que las personas jurídicas sean responsables cuando la falta de control o supervisión por parte de quienes ostentan el cargo directivo hayan posibilitado la comisión del blanqueo por parte de una persona sometida a su autoridad, siempre que este delito se haya cometido en beneficio de la persona jurídica.

La responsabilidad de las personas jurídicas es compatible con la responsabilidad individual de las personas físicas que actuaron en beneficio de aquellas. Es decir, cabe la posibilidad de establecer concurrentemente la responsabilidad de la persona jurídica y la de la persona física que haya intervenido en el delito como autora, inductora o cómplice del delito de blanqueo de capitales.

Dentro de las sanciones, efectivas, proporcionadas y disuasorias, que los Estados deben prever, pueden distinguirse: por un lado, las de carácter obligatorio, entre las que se encuentran la multa de naturaleza penal o no penal; por otro lado, las potestativas, entre las que se prevén, a título ejemplificativo, la inhabilitación para obtener beneficios o ayudas públicas; exclusión temporal o permanente del acceso a la financiación pública, incluidas las licitaciones, subvenciones y concesiones; inhabilitación temporal o definitiva para ejercer actividades mercantiles; sometimiento a intervención judicial; orden judicial de disolución; y, clausura temporal o definitiva de los establecimientos que se hayan utilizado para cometer el delito.

9. Jurisdicción: art. 10

La Directiva (UE) 2018/1673 obliga a los Estados Parte a establecer jurisdicción sobre los delitos de blan-

⁷⁶ NU, *Guías legislativas para la aplicación de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, 2004, párr. 250 y ss.; NU, *Guía legislativa para la aplicación de la Convención contra la Corrupción*, 2012, párr. 333 y ss.

queo de capitales cometidos total o parcialmente en su territorio y sin son cometidos en el extranjero por sus nacionales. Además, también se contempla la posibilidad de que los Estados extiendan su jurisdicción cuando el delito se haya cometido en el extranjero por sujetos que residan habitualmente en su territorio o en beneficio de una persona jurídica establecida en su territorio.

1. De conformidad con el art. 10.1, los Estados miembros *adoptarán* las medidas necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos de blanqueo de capitales en los siguientes casos:

En primer lugar, *cuando el delito se haya cometido, total o parcialmente, en su territorio*. En este caso cabe distinguir dos situaciones. Por un lado, si el delito de blanqueo de capitales ha sido cometido totalmente en el territorio del Estado Parte, sus tribunales tendrán jurisdicción sobre él en aplicación del principio de territorialidad. Por otro lado, teniendo en cuenta que el blanqueo es un proceso, la realización de cada una de las fases que lo componen puede realizarse en Estados distintos, por lo que, en aplicación del criterio de la ubicuidad, debe considerarse cometido en cada uno de estos⁷⁷. Por lo tanto, también en aplicación del principio de territorialidad, el Estado en el que se haya realizado una de las fases del blanqueo tendrá jurisdicción para el enjuiciamiento del ciclo total de este. Esto último es especialmente importante porque no puede pretenderse que cada uno de los Estados juzgue la fase de blanqueo que se haya cometido en su territorio, no solo por cuestiones de economía procesal, sino también porque daría lugar a procedimientos penales de escasa relevancia. En ambos casos, se obliga a los Estados que establezcan jurisdicción sobre la base del principio de territorialidad.

En segundo lugar, la Directiva exige que los Estados establezcan jurisdicción cuando *el autor del delito sea uno de sus nacionales*. En este supuesto se trata de extender la jurisdicción de los tribunales del Estado Parte a hechos cometidos por sus nacionales fuera de su territorio. En efecto, si el delito de blanqueo ha sido cometido en el extranjero y la persona se refugia en su país de origen o de nacionalidad, ante la perspectiva de su no entrega en aplicación del principio de no entrega de nacionales, los tribunales de este país tendrán jurisdicción para juzgar estos hechos en aplicación del principio personal o de personalidad activa.

2. Al margen de los dos supuestos de jurisdicción obligatoria mencionados *supra*, el art. 3.2 de la Directiva contempla la posibilidad de que los Estados puedan

ampliar su jurisdicción sobre delitos de blanqueo cometidos fuera de su territorio. Se entiende que todo el ciclo o fases del blanqueo han sido cometidas en el extranjero porque si una de ellas lo ha sido en el territorio del Estado en cuestión, tal como he visto, la jurisdicción se fundamentará en el principio de territorialidad.

La facultad de extender la jurisdicción de los tribunales del Estado Parte procederá en cualquiera de los siguientes supuestos:

Por un lado, cuando *el autor del delito tenga su residencia habitual en su territorio*. Se trata de que el Estado pueda juzgar el blanqueo, cometido totalmente en el extranjero, por una persona extranjera que resida habitualmente en su territorio. Téngase en cuenta que a diferencia del establecimiento obligatorio de jurisdicción previsto en el art. 10.1, que posibilita la jurisdicción en lugar de la entrega o extradición de sus nacionales, en este supuesto se trata de posibilitar al Estado para que establezca jurisdicción respecto de personas residentes habituales en su territorio, que, por distintos motivos a la nacionalidad, no pueda entregarlas o extraditarlas. Con la finalidad de evitar la impunidad de los hechos, el Estado puede invocar el criterio general *aut dedere aut punire* (o extraditar o juzgar).

Por otro lado, cuando *el delito se haya cometido en beneficio de una persona jurídica establecida en su territorio*. La posibilidad de que un Estado pueda fundamentar su jurisdicción sobre un delito de blanqueo cometido completamente en el extranjero amparándose en esta circunstancia, solo tiene sentido si se conecta con la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Es decir, un Estado podrá establecer su jurisdicción sobre los delitos de blanqueo cometidos totalmente en el extranjero, en beneficio de la persona jurídica establecida en su territorio, por una persona física, siempre que concurran las demás exigencias previstas en el art. 7 que expuse *supra*. Desde mi punto de vista, se trata de extender el ámbito de aplicación del principio personal o de personalidad activa. En efecto, si en aplicación de este principio, el Estado puede juzgar los delitos cometidos por sus nacionales en el extranjero, dentro del concepto “nacionales” no solo deberán estar comprendidas las personas físicas, sino también las personas jurídicas.

3. La extensión de la jurisdicción del Estado a delitos de blanqueo cometidos en el extranjero va a provocar evidentes conflictos de jurisdicción o de concurrencia de jurisdicciones, que son resueltos en el art. 10.3 de la Directiva. Este precepto contempla que, cuando los delitos de blanqueo sean de la jurisdicción de más de un Estado y cualquiera de los Estados afectados pueda

77 Véase al respecto, FABIÁN CAPARRÓS, “La aplicación territorial del delito de blanqueo de capitales en el Derecho Español”, en PÉREZ CEPEDA (dir.), *El principio de justicia universal: fundamentos y límites*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pp. 463-486.

válidamente iniciar acciones judiciales por los mismos hechos, serán los Estados afectados quienes deben colaborar para decidir cuál de ellos emprenderá las acciones judiciales contra el autor del delito, con la finalidad de centralizar dichas acciones en un único Estado miembro.

Para resolver estos conflictos de jurisdicción, según la Directiva, deben tenerse en cuenta los siguientes factores: a) el territorio del Estado miembro en que se haya cometido el delito, es decir, el principio de territorialidad; b) La nacionalidad o lugar de residencia del autor del delito; y d) el territorio en el que se haya encontrado al autor del delito. En estos dos últimos supuestos, se trata de aplicar el principio personal o de personalidad activa y el criterio *aut dedere aut punire*.

Además, en la letra c) del art. 10.3, se contempla como factor para resolver la posible concurrencia de jurisdicciones “el país de origen de la víctima o víctimas”. Uno de los principios que justifican la aplicación extraterritorial de la ley penal es el principio de personalidad pasiva, es decir, un tribunal nacional puede tener jurisdicción sobre los delitos cometidos en el extranjero cuando las víctimas de estos sean sus nacionales. Pero, ¿quién es la víctima o quienes son las víctimas del blanqueo de capitales? Al margen de las consideraciones sobre qué bien o bienes jurídicos son protegidos por este delito, lo cierto es que toda la doctrina que ha tratado el tema configura sus propuestas en torno a bienes jurídicos colectivos que, por su naturaleza, afectan a la sociedad en su conjunto. Entonces, si el blanqueo de capitales afecta a toda la sociedad que se organiza en torno a un Estado, y si tenemos en cuenta que puede tratarse de un delito cometido en varios Estados, difícilmente podrá determinarse quiénes son las víctimas y/o cuál es su nacionalidad, para así determinar qué Estado, en función de este criterio, tiene más o menos prioridad en el ejercicio de su jurisdicción. Aunque en este caso el establecimiento de la jurisdicción pueda establecerse en torno al principio real o de protección, en mi opinión, la inoportunidad de este criterio se debe a la traslación automática de lo previsto en otras Directivas de naturaleza penal que contemplan delitos contra víctimas individualizadas⁷⁸.

Finalmente, en caso de no existir consenso entre los Estados implicados sobre quien ejercerá jurisdicción, el último párrafo del art. 10.3 dispone que, de acuerdo con el art. 12 de la Decisión marco 2009/948/JAI, se dará traslado del asunto a Eurojust.

10. Consideraciones finales

El análisis realizado *supra* nos permite afirmar que, en términos generales, la Directiva no supone una mejora con respecto a la regulación del blanqueo de capitales contenida en la normativa internacional y regional vinculante a la que hemos aludido. Se trata más bien de ampliar las obligaciones de los Estados miembros y, consecuentemente, el ámbito de aplicación de los delitos de blanqueo de capitales, a la par que limita el principio de que la descripción de los delitos queda reservada al Derecho interno de los Estados miembros. En efecto, la principal característica de la Directiva es que “convierte” en obligatorias medidas que, según la normativa mencionada anteriormente, los Estados pueden considerar o están facultados a incorporar a su legislación.

Resulta criticable la obligatoriedad de tipificar como un delito autónomo de blanqueo de capitales la mera posesión o utilización de bienes de procedencia delictiva, sin tener en cuenta que se trata de conductas muy alejadas de la comisión de actos de blanqueo e inocuas para perjudicar la “integridad, estabilidad y reputación del sector financiero”, así como al mercado y la seguridad interior de la UE. Lo mismo cabe decir respecto a la exigencia de castigar cualquiera de los delitos de blanqueo con una pena de privación de libertad cuya duración máxima no sea inferior a cuatro años, no atendiendo, por ejemplo, que, en aplicación del principio de proporcionalidad, la pena máxima a imponer, cuando se trate de la mera posesión o utilización, debería ser muy inferior a la que se contemple para la ocultación o encubrimiento.

Por lo demás, los legisladores nacionales deberán ser muy cautelosos en la transposición de esta Directiva, cuya fecha límite está prevista para antes de diciembre de 2020. La proliferación de normas cuyo objetivo principal es privar al delincuente de los beneficios que sus actividades criminales les reporta obliga a analizar si muchas de las disposiciones previstas en la Directiva pueden ser abarcadas o se encuentran contenidas en normas preexistentes en su legislación.

11. Bibliografía

ABEL SOUTO, *El blanqueo de dinero en la normativa internacional: especial referencia a los aspectos penales*, Santiago de Compostela: Servicio de publicaciones e intercambio científico, Universidad de Santiago de Compostela, 2002.

⁷⁸ Así, por ejemplo, el art. 10.2.a) de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, DOCE n° 101, 15.4.2011, que contempla la posibilidad de que los Estados extiendan su jurisdicción a los hechos cometidos en el extranjero cuando la víctima sea uno de sus nacionales o una persona que tenga residencia habitual en su territorio.

- AGUADO CORREA, “La Directiva 2014/42/UE sobre embargo y decomiso en la Unión Europea: Una solución de compromiso a medio camino”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 35, 2015.
- BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 4ª ed., Cizur Menor Navarra: Aranzadi-Thomson Reuters, 2015.
- BOTTKE, “Teleologie und Effektivität der Normen gegen Geldwäsche”, *Wistra*, nº 2, 1995.
- CONSEIL DE L’EUROPE, *Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, Rapport explicatif*, STE nº 141, 1990.
- CONSEJO DE EUROPA, *Decisión marco del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito (2001/500/JAI)*.
- CONSEIL DE L’EUROPE, *Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l’Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme*, STCE nº 198, 2005.
- CORRAL MARAVER, “La irracionalidad de la política criminal de la Unión Europea”, *Indret*, nº 4, 2012.
- DEL-CARPIO-DELGADO, “Adquisición de bienes de procedencia delictiva: ¿decomiso o blanqueo de capitales?”, *Revista General de Derecho penal*, nº 28, 2017.
- DEL-CARPIO-DELGADO, “Decomiso de bienes transferidos a terceros tras la reforma de 2015 del Código penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 122, 2017.
- DEL-CARPIO-DELGADO, “El delito de ‘enriquecimiento ilícito’: análisis de la normativa internacional”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 23, 2013.
- Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) nº 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión, DOCE nº 141, 05.06.2015.
- Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifican las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE.
- Directiva 2009/110/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio, así como sobre la supervisión prudencial de dichas entidades, por la que se modifican las Directivas 2005/60/CE y 2006/48/CE y se deroga la Directiva 2000/46/CE.
- Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información y por la que se sustituye la Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo.
- FABIÁN CAPARRÓS, “La aplicación territorial del delito de blanqueo de capitales en el Derecho Español”, en PÉREZ CEPEDA (dir.), *El principio de justicia universal: fundamentos y límites*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pp. 463-486.
- GAFI-FATF, *Las Recomendaciones del GAFI, Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación*, 02.2012.
- GÓMEZ INIESTA, “Utilización de las nuevas tecnologías en la comisión del blanqueo de dinero”, en ABEL SOUTO/SÁNCHEZ STEWART (coords.), *V Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- NACIONES UNIDAS, *Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas*, Nueva York, 1998.
- NACIONES UNIDAS, *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, 2ª ed. revisada, Nueva York, 2012.
- NACIONES UNIDAS, *Guías legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, Nueva York, 2004.
- NILSSON, H., “The Council of Europe Laundering Convention: A Recent Example of a Developing International Criminal Law”, *Criminal Law Forum*, vol. 2, nº 3, 1991