

¿QUÉ SE PROTEGE EN EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS?: REFLEXIONES SOBRE UN BIEN JURÍDICO PROBLEMÁTICO, Y A LA VEZ APROXIMACIÓN A LA «PARTICIPACIÓN» EN EL DELITO

FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ*

SUMARIO:

I. Introducción. II. Tres cuestiones previas. 1. Bienes jurídicos básicos (personales) y bienes instrumentales. 2. Lesión del bien jurídico y consumación del delito en actos lesivos con permanencia en el tiempo. 3. Las distintas modalidades de intervención de varios sujetos en el hecho lesivo: participación en sentido estricto y en sentido amplio («participación»). III. El bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales. 1. Ausencia de un interés penalmente protegible. V. Protección del orden socioeconómico. 2. Administración de justicia. 3. Protección de bienes jurídicos del delito de referencia: blanqueo y participación. IV. Blanqueo y figuras afines: encubrimiento y receptación. V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La teoría del bien jurídico responde a la elemental cuestión de qué se protege en los tipos penales. Afirmar que en todo tipo penal se protege uno o varios bienes jurídicos es tanto como decir que las prohibiciones y mandatos penales tienen una base racional: responde al interés de quien los emite de alcanzar un fin que, en su esquema de valores, que podemos o no compartir, resulta valioso. Por eso suscitan perplejidad los tipos penales en los que es difícil determinar qué se protege. El Derecho penal sólo se ocupa de hechos singularmente relevantes, esto es, de hechos en los que cualquiera

* Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid

debería inmediatamente poder identificar un interés protegido, especialmente si se trata del ordenamiento jurídico de un Estado democrático de Derecho.

Por la manera en que se accede y se ejerce el poder, en el Estado democrático los valores que encarnan las leyes penales nunca están demasiado lejos de los de los ciudadanos, así que, salvo en casos de trastornos o situaciones que afecten gravemente a la imputabilidad, cualquiera que esté razonablemente integrado en la sociedad (esto es, que no tenga una socialización exótica o no sea extranjero respecto de valores culturalmente muy condicionados) puede identificar *grosso modo* qué hay de malo en una conducta criminal. Otra forma de expresar lo mismo en términos de categorías dogmáticas es concluir que en un Estado democrático de Derecho el error de prohibición tiene un campo de aplicación necesariamente reducido, lo que corrobora la práctica de los tribunales.

Lo cierto es, sin embargo, que en muchos tipos penales no es posible llegar siquiera a un acuerdo sobre el bien jurídico. El blanqueo de capitales es uno de ellos y de manera especialmente destacable⁽¹⁾. ¿Cómo es esto posible?

Si examinamos la discusión doctrinal sobre el bien jurídico protegido en este delito vemos que las propuestas son tantas y a veces tan dispares que esta realidad resulta difícil de conciliar con la indudable importancia que ha adquirido el blanqueo en el Derecho penal moderno⁽²⁾. Por otra parte, la propia evolución del delito y su proximidad a otras figuras que siempre han planteado problemas de clasificación, como el encubrimiento o la receptación, inducen a pensar que éste es un campo necesitado de nuevas aproximaciones.

El delito de blanqueo de capitales surge principalmente asociado a la lucha contra el tráfico de estupefacientes⁽³⁾, delito que a su vez se vincula a la protección de

(1) Es razonable que pueda discreparse acerca de si un interés tiene la suficiente importancia como para superar el listón del principio de intervención mínima, pero lo que no parece comprensible, al menos en una primera aproximación, es que ni siquiera se puede llegar a un acuerdo acerca de qué quería proteger el legislador al crear el tipo penal, y esto es lo que pasa notoriamente con el blanqueo.

(2) Dos muestras significativas de esta importancia son la proliferación de organismos y regulaciones internacionales sobre el blanqueo, y la atención teórica que le ha brindado la doctrina. Si sobre algunos delitos, incluso de gran importancia, es difícil encontrar más de una monografía en castellano, al blanqueo se dedica una pequeña biblioteca.

(3) En España, su primera aparición en el Código fue precisamente dentro de los delitos contra la salud pública, en los arts. 344 bis h), i) y j) CP 1973. Por otro lado, es notorio que el impulso internacional del blanqueo como delito autónomo está estrechamente vinculado a la lucha contra el tráfico ilegal y organizado de estupefacientes, proceso en el que los EEUU han tenido un papel protagonista. En este sentido, por ejemplo, Álvarez Pastor / EGUIDAZU PALACIOS, *La prevención del blanqueo de capitales*. Pamplona, Aranzadi, 1997, pp. 263 y ss.

la salud pública. Tras adquirir generalidad, se ubica actualmente en una buena parte de los Códigos, como el español, entre los delitos contra el orden socioeconómico, y con frecuencia asociado a la figura de la receptación, que a su vez está estrechamente emparentada con el encubrimiento, del que históricamente se desgajó. Precisamente la afinidad entre el blanqueo y el encubrimiento hace que en algunos ordenamientos esta figura se sitúe entre los delitos contra la administración de justicia⁽⁴⁾. Por otra parte, sin embargo, la clasificación histórica del encubrimiento ha sido siempre problemática.

Aunque hoy mayoritariamente se considera un delito independiente contra la administración de justicia, hasta no hace mucho se ubicaba en la parte general, como una forma de participación, aunque siempre de manera controvertida, como una participación un tanto sui generis en la medida en que tiene lugar cuando el delito principal ya está formalmente consumado⁽⁵⁾. La progresiva especialización del encubrimiento tuvo a su vez distintas fases, que finalmente arrojan un panorama cuando menos confuso.

En un primer momento se desgajó de esta figura la receptación, que pasó a constituir un delito de la parte especial (aunque paradójicamente quizás sea esta conducta la que más se aproxime a una forma de participación⁽⁶⁾, por cuanto ayuda a mantener un previo estado antijurídico), y posteriormente el resto del encubrimiento pasó a su vez a la parte especial como delito contra la administración de justicia, aunque manteniendo entre sus modalidades el favorecimiento real sin ánimo de lucro (art. 451.1.º), lo que provoca dificultades de delimitación con la receptación⁽⁷⁾ y con los

(4) Éste es el caso, por ejemplo, de Suiza, en cuyo ordenamiento se recoge el blanqueo en el Título 17 del Código Penal, arts. 305 *bis* y *ter*. Sobre la regulación en este país, véase BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed., Navarra, Aranzadi/Thomson, 2002, pp. 183 y ss.

(5) A ello podría añadirse que el encubrimiento es todo menos una figura homogénea. Desde siempre se han destacado las diferencias entre las diversas modalidades de encubrimiento que recoge el art. 451 CP, hasta el punto de merecer tratamiento y ubicación diferentes (como, por ejemplo, en el StGB alemán, § 257 y 258, o en el Codice Penale italiano, arts. 378 y 379). Sobre ello, véase, por ejemplo, GILÍ PASCUAL, *El encubrimiento en el Código penal de 1995. Análisis del favorecimiento personal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, esp. pp. 23 y ss.

(6) Como ha recordado SANVICENTE SAMA, «El encubrimiento como delito autónomo y la ley de 9 de mayo de 1950», *RJC*, p. 514, que considera que en la receptación se dan todos los elementos del delito de hurto, de manera que «viene a ser una prolongación del delito encubierto». También, VIDALES RODRÍGUEZ, *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código penal de 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 26.

(7) Como ha destacado RUIZ RODRÍGUEZ, refiriéndose a los delitos de encubrimiento del art. 451.1º y receptación, «sorprende que conductas objetivamente idénticas puedan afectar a bienes jurídicos tan diferentes, simplemente por la finalidad con la que el sujeto activo de la conducta la lleva a cabo» [...]. «Esto carece de lógica», *El delito de encubrimiento*, Barcelona, Atelier, 2001, p. 79.

demás supuestos de encubrimiento⁽⁸⁾. Por último, entró en juego el blanqueo, caracterizado en el Código como delito afín a la receptación y ubicado como ésta entre los delitos patrimoniales y contra el orden socioeconómico.

Si a éste, ya de por sí intrincado escenario, le sumamos que las conductas de blanqueo pueden, en ciertos casos, tener efectos lo suficientemente positivos en el

- (8) Sobre la distinción entre diversas clases de encubrimiento o favorecimiento en el código y su terminología no hay unanimidad en la doctrina española. La tradicional distinción de tres supuestos en el art. 17 CP1973, que mantiene el vigente art. 451, ha motivado el interés por ofrecer a cada una de ellas una denominación propia que explicita la razón material que se encuentra detrás y que justifica su tratamiento separado. Hay acuerdo pleno en que el apartado 3.º —ayudar a los responsables a eludir la acción de la justicia— hace referencia al favorecimiento personal, pero se discuten los otros dos apartados. Tradicionalmente, al segundo —ocultar, alterar o inutilizar el cuerpo, efectos o instrumentos del delito para impedir su descubrimiento— la doctrina claramente mayoritaria suele calificarlo como favorecimiento real —así, por todos, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal. T. I* (arts. 1-22), Barcelona/Caracas/México, Ariel, 1976, p. 926—, mientras que para el primero —auxiliar a los autores o cómplices para que se beneficien del delito— en algún momento se propuso una denominación propia como «complemento», apuntando así a su conexión con el mantenimiento de los efectos lesivos del delito previo — CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Encubrimiento y receptación. (Ley de 9 de mayo de 1950)*, Barcelona, Bosch, 1955, pp. 18 y ss.; también RODRÍGUEZ MOURULLO, *op. cit.*, p. 914; referencias adicionales en GILÍ PASCUAL, *op. cit.* pp. 29 y 32, y ABEL SOUTO, *El delito de blanqueo en el Código penal español. Bien jurídico, conductas típicas y objeto material tras la Ley Orgánica 151/2003, de 25 de noviembre*, Barcelona, Bosch, 2005, p. 36 y nota 105—, pero también otros como auxilio al beneficio o *auxilium post delictum*. Otros autores han tratado de simplificar reuniendo los apartados 1.º y 2.º bajo el rótulo de «favorecimiento» real y dejando la calificación de «personal» para el 3.º —referencias en GILÍ PASCUAL, *op. cit.*, p. 32 y nota 28. Sin embargo, como muy acertadamente ha puesto de relieve este autor (*op. cit.*, pp. 33 y ss.), quienes asimilan el supuesto segundo al favorecimiento del párrafo primero, englobando los dos bajo el rótulo de «favorecimiento real», están mezclando figuras heterogéneas. Al fijarse sólo en el objeto material sobre el que recae la acción —en este caso una cosa—, se olvidan que lo relevante desde una perspectiva material es qué interés protegido se encuentra detrás. En este sentido, la conducta del apartado 2.º no es más que una modalidad del favorecimiento personal —se ayuda al delincuente a eludir la acción de la justicia destruyendo pruebas, etc.—. Como ha recordado MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial* (16º ed.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 946, en último término el favorecimiento real del apartado 2.º lleva al personal del 3.º. De hecho, la distinción de ambas modalidades es discutible —en muchos países no se hace— y quizás sólo responda al interés del legislador, razonable desde mi punto de vista, de restringir la responsabilidad en los casos de ayuda a la propia persona física, quizás entendiendo que en muchos casos hay una merma en la exigibilidad (no es lo mismo destruir una prueba que esconder al delincuente). Por ello debe concluirse, como lo ha hecho GILÍ PASCUAL (*ob. loc. cit.*), que la frontera debería marcarse entre el número 1º, favorecimiento real, conectado al mantenimiento de la situación antijurídica creada por el delito base (aunque, como luego veremos, más que un favorecimiento ésta es una conducta de participación), y favorecimiento personal, vinculado a la protección de la administración de justicia, al promoverse que las sanciones penales recaigan sobre el infractor. Esta distinción se correspondería mucho más adecuadamente con el desvalor respectivo de los hechos.

orden socioeconómico (por ejemplo, en los intereses de la hacienda pública) como para que en un momento determinado el propio gobierno arbitrara un procedimiento que permitía el blanqueo legal⁽⁹⁾, el rompecabezas está servido.

¿Qué se protege realmente en el delito de blanqueo de capitales?: ¿la salud pública; el orden socioeconómico; alguna de sus manifestaciones singulares como los intereses de la hacienda pública, la correcta circulación de bienes en el mercado o la libre competencia; la administración de justicia; el bien jurídico, sea el que sea, protegido en el delito del que procede el capital blanqueado; [...] o nada que merezca protección, porque la criminalización de estas conductas iría en realidad en detrimento de intereses relevantes como son los de la hacienda pública?

Todas estas variantes han tenido y tienen defensores, tanto individualmente como en distintas combinaciones (delito pluriofensivo, es una caracterización muy habitual en este campo⁽¹⁰⁾), y el debate ha dado lugar a regulaciones dispares en el Derecho comparado.

Muy probablemente esta falta de acuerdo a la hora de delimitar el bien jurídico del blanqueo de capitales y de otras figuras próximas como el encubrimiento o la receptación se deba a dos motivos. En primer lugar, a la propia naturaleza compleja de lo que está detrás de estas figuras, que efectivamente tendrían un carácter multiofensivo. Siempre que una figura típica afecta a múltiples intereses, la delimitación de cuáles sean y cuál sea su respectivo peso resulta especialmente problemática. El hecho de que el debate se haya reproducido en términos muy similares en los diferentes ordenamientos del Derecho comparado, muestra que las dificultades están en la propia materia y no en una concreta regulación positiva⁽¹¹⁾.

Mi opinión, sin embargo, es que ésta no puede ser la única explicación del largo, intenso y en tantas ocasiones poco fructífero debate, sino que hay otra razón

(9) Como ha recordado BAJO FERNÁNDEZ, «Política criminal y reforma penal. Delitos patrimoniales económicos», en VVAA, *Política criminal y reforma penal. Libro homenaje a Juan del Rosal*, Madrid, 1993, p. 147. Ahora también BAJO/S. BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, Madrid, Ceura, 2001, pp. 677 y ss.

(10) Así, por ejemplo, aunque no siempre con idénticos componentes, VIDALES RODRÍGUEZ, *Los delitos de receptación* (como en nota 6), pp. 85 y ss., esp. p. 93; FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, Colex, 1998, pp. 209 y ss. y 238; ZARAGOZA AGUADO, «El blanqueo de bienes de origen criminal», en VVAA, *Derecho penal económico. Manuales de formación continuada*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001, pp. 374 y ss.; VIVES ANTÓN / GONZÁLEZ CUSSAC, en VVAA, *Derecho penal. Parte especial*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 635 y ss.; ABEL SOUTO, *El delito de blanqueo* (como en nota 8), pp. 83 y ss., con ulteriores referencias a otros autores en la misma línea.

(11) Como ha destacado muy acertadamente ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2000, p. 77.

de peso, que tiene que ver con cuestiones no siempre bien resueltas en la teoría general del delito, y más en particular en tres puntos: la teoría del bien jurídico, la del *iter criminis* y la de la participación. En este sentido, creo que podría avanzarse en la solución del problema trabajando en los tres puntos mencionados, concretamente, primero, distinguiendo entre bienes jurídicos básicos e instrumentales, y tomando en cuenta la subordinación de éstos a aquéllos; segundo, analizando la relación entre lesión típica y consumación del delito, y más especialmente atendiendo a las peculiaridades de la consumación en actos lesivos que tienen permanencia en el tiempo; por último, ensanchando el campo de estudio de los actos de intervención de varias personas en un delito más allá de los estrechos márgenes de la participación en sentido estricto, lo que podría denominarse participación en sentido amplio («participación»).

Si estoy en lo cierto, una adecuada revisión de los tres puntos mencionados podría arrojar nueva luz en la polémica sobre el bien jurídico en el blanqueo de capitales (y a la vez en el encubrimiento, en la receptación y en otras figuras debatidas). Por ello, en la parte final del trabajo trataré de aplicar algunas de las conclusiones extraídas del debate general al análisis particular de estos delitos y especialmente del blanqueo de capitales.

II. TRES CUESTIONES PREVIAS

1. Bienes básicos (personales) y bienes instrumentales

Bienes jurídicos son realidades valiosas desde un punto de vista individual o social que la ley reconoce y protege. Me estoy refiriendo aquí tanto al concepto material de bien jurídico, que lo concibe como algo previo al derecho positivo y apto por tanto para limitarlo y dotarle, de contenido, como al denominado concepto *teleológico-formal*, que se orienta a captar el sentido de los concretos tipos penales, esto es, en la que el bien no aparece como la fuente de la que emana el tipo sino como expresión condensada de lo efectivamente protegido. El bien tiene un contenido de valor previo al Derecho, que éste asume convirtiéndolo en jurídico y erigiéndolo en fundamento material de un tipo penal.

Ahora bien, hay diversos niveles en los que puede hablarse de realidad valiosa. Hay bienes que podríamos denominar básicos, que tienen valor en sí y no se explican por su relación con otros, y que en último extremo son bienes personales (de la persona en sus facetas individual y social)⁽¹²⁾ y otros que podríamos denominar derivados o

(12) Únicamente puede discutirse el carácter personal del bien jurídico medio ambiente, si se considera un bien básico. Si se parte de una concepción antropocéntrica, el medio ambiente no sería más que un bien instrumental, porque su indemnidad es condición de preservación de los bienes personales que se encuentran detrás. Pero si se parte, como hoy un sector doctrinal, de una

instrumentales, porque su protección contribuye a crear las condiciones para la protección mediata de los bienes básicos.

En mi opinión, el concepto de bien jurídico debe construirse *siempre* tomando como referencia última los bienes personales básicos. En los tipos que presenten bienes instrumentales es imprescindible establecer la conexión de estos bienes con los básicos, cuya protección última es lo único que puede justificar la creación de un tipo penal. Ello tiene una gran importancia práctica de cara a delimitar la responsabilidad penal, y más concretamente a efectos de mantener la vigencia del principio de proporcionalidad, y se manifiesta en diversos ámbitos como la teoría del concurso —a fin de evitar la infracción del principio *non bis in idem*—, o en el *iter criminis* —la lesión del bien jurídico básico que se encuentra detrás es el punto final de la consumación material de cualquier delito contra bienes intermedios, lo que es esencial a efectos de dar entrada al desistimiento—.

No todos los bienes instrumentales que habitualmente se manejan en la doctrina merecen una denominación propia como tales. Así, por ejemplo, los bienes jurídicos intermedios que se refieren directamente a la *seguridad* de otro bien —como la seguridad del tráfico—, tan sólo reflejan modalidades de ataque a los bienes jurídicos básicos (y en este sentido son conceptos que cumplen una finalidad importante en la delimitación del tipo, pero que no constituyen su objeto de protección)⁽¹³⁾ Si al identificar el bien jurídico intentamos sólo aprehender *qué* realidad valiosa se protege en un tipo penal, entonces lo razonable es prescindir de bienes intermedios para situarse directamente en los bienes individuales que concretan el contenido de injusto material del hecho. La referencia a la «seguridad» de un bien no es en realidad más que otra manera de decir que dicho bien se está protegiendo anticipadamente mediante la sanción de comportamientos peligrosos, y para dar cuenta de la diferencia no es necesario individualizar diferentes bienes jurídicos, sino sencillamente precisar en cada caso qué tipo de relación con el mismo bien jurídico encierra el comportamiento típico, y esto es precisamente lo que siempre se ha hecho con la diferenciación en el nivel de la tipicidad entre tipos de peligro y tipos de lesión.

Esta concepción sirve no sólo para simplificar las categorías jurídicas, sino, lo que es mucho más importante, para evitar que con la aceptación de bienes jurídicos intermedios se multiplique el recurso al Derecho penal en conductas que carecen de la lesividad material necesaria por encontrarse demasiado alejadas de los bienes

concepción no antropocéntrica, habría consecuentemente que entender que es un bien básico que protege intereses que pueden o no coincidir con los de la persona.

(13) De otro parecer, admitiendo que la seguridad de otro bien puede convertirse en bien jurídico independiente, RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código Penal*, Madrid, Tecnos, 1966, p. 148, aunque, coherentemente, afirma que esto sucede en todo delito de peligro.

personales. También se evita la frecuente vulneración del principio *non bis in idem* que se produce al perder de vista la relación entre delitos de lesión y de peligro, lo que acaba propiciando la aplicación sistemática de concursos de delitos donde sólo debería haberlos de leyes.

Hay otros bienes instrumentales de carácter *supraindividual*, que deben ser también puestos en relación con los bienes directos personales que se encuentran detrás, pero en los que esta conexión aparece más difuminada, ya que suelen aludir a condiciones sociales cuyo mantenimiento es presupuesto de indemnidad para muchos bienes individuales, y en este sentido puede estar justificado dotarles de independencia, al menos en la denominación. La administración de justicia es un caso especialmente claro. Pero no debe olvidarse que siguen siendo bienes jurídicos instrumentales, y que por ello los actos típicos deben interpretarse en función de su potencial lesividad para los bienes personales, y resolverse los posibles concursos tomando en consideración este hecho.

En cuanto a la lesión típica, ésta se produce de manera distinta según el bien de que estemos hablando. Un bien jurídico básico vinculado a la persona se plasma en concretos objetos de la acción portadores del valor. La lesión se produce cuando estos objetos son menoscabados. Un bien jurídico instrumental se lesiona, sin embargo, cuando se daña una estructura creada para favorecer la indemnidad o promover la existencia de bienes personales. Por ello, su lesión constituye un peligro para los bienes personales (de hecho todo delito de peligro puede concebirse como de lesión de la seguridad del bien intermedio).

Algunos de los problemas de delimitación del bien jurídico en las figuras que estamos examinando tiene que ver precisamente con el hecho de que afectan, en mayor o menor medida, a la administración de justicia, que es un bien instrumental. Sólo si se tiene en cuenta este rasgo se pueden evitar problemas que de otro modo enturbian el debate.

2. Lesión del bien jurídico y consumación del delito en actos lesivos con permanencia en el tiempo

Un segundo punto, siempre conflictivo, en estas figuras tiene que ver con su situación a caballo entre la participación en una lesión inacabada y los actos postdelictivos de ayuda al delincuente de un delito previo. Ello enlaza con la cuestión general de la relación entre lesión del bien jurídico y consumación del delito.

Cuando se produce la lesión del bien jurídico protegido y cuando se consuma el delito son cuestiones que habitualmente son consideradas como parcialmente independientes. Parcialmente, porque la relación entre ellas discurre en un solo sen-

tido: si hay lesión del bien jurídico protegido, hay consumación, pero puede haber consumación sin lesión, en concreto en los delitos de peligro.

La cuestión tiene importancia a efectos de la calificación y tratamiento de conductas que tienen lugar después de que el delito esté consumado, y en particular a efectos de distinguir lo que es participación de lo que sería una conducta postdelictiva.

La mayor parte de la doctrina ha destacado la contradicción lógica que entraña participar en algo que ya ha concluido⁽¹⁴⁾, lo que ha motivado el progresivo abandono de la tesis que, apoyada en ocasiones en los textos legales, veía en el encubrimiento un acto de participación, aunque fuera *sui generis*, en el delito encubierto, y no, como ahora de forma generalizada, un delito contra la administración de justicia.

Sin embargo, pese a la contundencia del argumento, las cosas no son tan sencillas. Tan indudable como es que, por definición, no puede participarse en algo que ya ha terminado, lo es también que determinar cuando algo, en concreto un delito, ha terminado⁽¹⁵⁾, es una cuestión más compleja de lo que quienes esgrimen este argumento parecen dar por supuesto. Y precisamente ello permitiría explicar por qué históricamente el encubrimiento fue visto como una forma de participación, o por qué una parte de la doctrina ha apoyado esta tesis tratando de distinguir actos de encubrimiento que entrañan formas de contribución al delito y actos que sólo afectan a la administración de justicia⁽¹⁶⁾.

Las dificultades para distinguir entre lo que todavía son actos de participación en un hecho que no ha terminado y lo que son actos postdelictivos de encubrimiento surgen en dos tipos de situaciones con un denominador común: el factor tiempo. El primer tipo es el de la participación en acciones que entrañan una anticipación de la protección penal a momentos anteriores a la lesión del bien jurídico, y enlaza con el

(14) Esta contradicción es destacada de forma casi unánime por la doctrina al analizar la naturaleza del encubrimiento. Por todos, véase sólo RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios* (como en nota 8), p. 899; también SÁNCHEZ OSTIZ, *¿Encubridores o cómplices? Contribución a una teoría general de las adhesiones post-ejecutivas*, Madrid, Garrigues/Thomson/Civitas, 2004, pp. 96 y ss. y 111. Como enseguida veremos en el texto, la cuestión no es tan sencilla como la contundencia de esta afirmación parece augurar.

(15) Y, sin embargo, como bien ha recordado SÁNCHEZ-OSTIZ, éste es el aspecto relevante, porque al recordar que no puede participarse en algo ya concluido «se deja sin aclarar qué es aquello en lo que participar» —*El encubrimiento como delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, cit. p. 21. Ello no impide que el argumento lógico en sí sea «inobjetable» —*ob. loc. cit.*, p. 41—.

(16) De las que dan cuenta, entre otros, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Encubrimiento y receptación* (como en nota 8), pp. 25 y ss., RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, *Derecho penal español. Parte General* (15ª ed.), Madrid, Dykinson, 1992, pp. 829 y ss.; MARTOS NÚÑEZ, *El delito de receptación*, Madrid, Montecorvo, 1985, pp. 65 y ss. y esp. 96 y ss., y SÁNCHEZ OSTIZ, *¿Encubridores o cómplices?* (como en nota 14), pp. 115 y ss.

problema de la distinción entre consumación formal y material. El segundo grupo de situaciones es el de la participación en delitos permanentes, esto es, en acciones que provocan una lesión material del bien jurídico que se prolonga en el tiempo⁽¹⁷⁾.

- a) El límite que marca el momento de terminación de un delito, a partir del cual parece que ya no es posible la participación, es el de la consumación. Sin embargo, que hay actos posteriores a la consumación (del propio autor o de terceros) que pueden afectar al propio carácter delictivo del hecho debería ser claro con sólo examinar la figura del desistimiento. Se puede alegar que en estos casos se está desistiendo de una tentativa (o acto preparatorio, o delito de peligro, cuando ello sea posible) y no de un delito consumado, pero basta con que dicha tentativa se conciba como un tipo propio —tipo de tentativa— construido a partir de una figura de la parte especial y la correspondiente cláusula general de incriminación de la tentativa (art. 16 CP), o, más sencillo, con que el legislador tipifique la tentativa como un delito independiente en la parte especial (al estilo de lo que se hace en los delitos de peligro) para que tenga perfecto sentido hablar de un delito que ya se ha consumado —se dan todos los elementos típicos que permitirían imponer una sanción— y que sin embargo no se sanciona porque de alguna manera el acto posterior hace desaparecer el desvalor material del previo, y no sólo su punibilidad⁽¹⁸⁾.

Es igual que la actividad del propio delincuente puede tener efectos sobre el desvalor material de su hecho, pese a que el delito ya está consumado, nada impide que también lo tengan las actividades de terceros, que podrían así participar en el hecho lesivo en ejecución.

Los enredos terminológicos que alimentan el debate sobre este punto derivan de la ambigüedad del término «consumación», y se deshacen con facilidad si se hace uso de la distinción entre consumación formal y material. La consumación formal equivale al cumplimiento de todos los elementos de un tipo penal. Si éste consiste en un acto preparatorio, en una tentativa o en una acción imprudente elevada a delito independiente como delito de peligro, el delito estará consumado una vez que se den estos elementos, aunque no haya lesión

(17) Analiza con detalle y acierto estas dos cuestiones, SÁNCHEZ-OSTIZ, *El encubrimiento* (como en nota 15), pp. 23 y ss.

(18) Es cierto que la naturaleza del desistimiento es muy discutida, pero reducirla a una mera exclusión de la punibilidad resulta muy poco satisfactorio. Parece evidente que el acto de desistimiento afecta directamente a la propia lesividad del hecho, que se examina en la antijuridicidad. Algo parecido, aunque en este caso en el sentido no deseado por la ley, es lo que sucede con la continuación del *iter criminis* por el autor, que puede también verse como una intervención posterior que incide en el delito ya consumado: cambia su calificación pasando de tentativa inacabada a acabada o de ésta a delito consumado. Este nuevo delito consume el desvalor del anterior.

del bien jurídico. Por su parte, la consumación material equivale a lesión del bien jurídico protegido. En los delitos de lesión, por tanto, coinciden la consumación formal y la material.

Una vez que, tras la consumación material, la lesión del bien jurídico se ha producido de manera completa e irreversible, ya no es posible participar en el delito, de manera que cualquier acto posterior sólo podrá ser, en su caso, una conducta de encubrimiento de un hecho ya realizado, con un desvalor propio distinto del delito previo⁽¹⁹⁾. De la misma manera, tampoco en estos casos será posible ya un desistimiento omisivo o activo.

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

Igual que el autor puede desistir de continuar con el hecho lesivo, pese a que la fase previa está formalmente consumada, un tercero puede sumarse a un *iter criminis* iniciado por otro, con lo que se convierte en coautor, cooperador o cómplice del delito correspondiente al siguiente estadio. Esto no es, como es lógico, una participación en el delito ya formalmente consumado, pero sí una participación en el hecho delictivo principal, aunque, claro está, antes de su consumación. Como lo que finalmente importa es la lesión o indemnidad del bien jurídico, cualquier acto de contribución causal a dicha lesión es participación y no meramente un acto postdelictivo. Creo que esta idea en general no es problemática, por más que no siempre se extraen de ella las consecuencias que comporta⁽²⁰⁾.

- b) ¿Podría en algún caso participarse en un delito materialmente consumado? Aparentemente no. Una vez producida la lesión del bien, pueden generarse daños añadidos, pero no intervenir a posteriori en lo que ya está perfecto. Sin

(19) Ésta es la base de la teoría de la causalidad, que se ha esgrimido constantemente contra quienes pretendían ver en el encubrimiento un acto de participación. Véase, por ejemplo, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Encubrimiento y receptación...* (como en nota 8), p. 53, y SÁNCHEZ OSTIZ, *¿Encubridores o cómplices?* (como en nota 14), pp. 94 y ss. y 106 y ss.; QUINTERO OLIVARES, *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, 3ª ed., Cizur Menor, Aranzadi/Thomson, 2002, p. 1834.

(20) Por ejemplo, y aunque es un tema que no puede ser desarrollado aquí, en materia de desistimiento. El debate sobre la naturaleza del desistimiento y la posibilidad de aplicarlo a figuras de la parte especial, como los delitos de peligro, se ve notablemente aligerado si se tiene en cuenta que lo decisivo es la consumación material y no la formal.

embargo, y ésta es una cuestión que tiene interés directo para lo que estamos tratando, cuando nos enfrentamos a hechos delictivos con efectos permanentes en el tiempo —delitos permanentes— es necesario hacer todavía algún añadido al esquema que se ha esbozado, y ello es así porque en estos casos la consumación material no se produce de manera instantánea, sino progresiva, a lo largo de un periodo de tiempo más o menos largo que va agravando la lesividad del hecho. Nada impide, entonces, una intervención de un tercero posterior al momento inicial de la consumación material, que no sería ya sólo un comportamiento postdelictivo, sino una genuina participación⁽²¹⁾.

Con el primer acto de una detención ilegal tenemos ya un delito formal y, aparentemente, materialmente consumado: se ha producido la lesión del bien jurídico 'libertad'. Lo cierto es, sin embargo, que en bienes jurídicos como la libertad ambulatoria, la lesión tiene un carácter gradual, que se va agravando con el tiempo. Repárese en dos datos que avalan ésta, por lo demás intuitiva idea: por un lado, el código establece atenuaciones para las detenciones cortas y agravaciones para las largas; por otro lado, si la detención es muy breve, normalmente el tipo de detención quedará desplazado por el de coacciones. Una intervención posterior a la detención será punible como participación (o incluso coautoría) pese a que el delito ya está consumado⁽²²⁾. Quien, con posterioridad al comienzo del secuestro, contribuye, por ejemplo, a mantener oculto a la policía el lugar de detención, no es un mero encubridor postdelictivo: es un partícipe en la detención, a la que contribuye interrumpiendo un posible curso causal salvador. Ello se debe sencillamente a que en estos casos la lesión es progresiva. Podríamos hablar de una consumación material pero *abierta en el tiempo*. Mientras permanezca en ese estado, puede intervenir en el hecho⁽²³⁾.

Lo que tiene especial interés para este trabajo es que en una buena parte de los delitos patrimoniales y en algunos socioeconómicos se presenta esta situación. Cuando en el hurto se priva al propietario de la cosa-se lesiona su derecho a disponer de ella

(21) Muy claro en esta línea. SÁNCHEZ-OSTIZ, *El encubrimiento* (como en nota 15), pp. 24 y ss.

(22) Igual, *Ibidem* p. 25 y nota 26, con referencias adicionales.

(23) Por todos, JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre* (2ª ed.), Berlin, Walter de Gruyter, 1991, § 22, nm. 40; muy detalladamente, SÁNCHEZ-OSTIZ, *El encubrimiento* (como en nota 15), p. 25 y nota 26, con referencias adicionales. También CANCIO MELLÁ, que reconoce expresamente las dificultades para distinguir el encubrimiento de la participación en el caso de delitos permanentes —«Comentario al art. 451», en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.) / J. BARREIRO (coord.), *Comentarios al Código penal*, Madrid, Civitas, 1998, p. 1192. El Tribunal Supremo español ha reconocido en diversas sentencias, de las que dan cuenta SÁNCHEZ-OSTIZ y CANCIO MELLÁ (*ob.loc.cit.*), la posibilidad de castigar como partícipe, o autor, y no como encubridor al que interviene en un delito permanente.

como propietario. Cuando se defrauda a hacienda, se lesiona el derecho de la sociedad a recibir el dinero debido para usarlo en fines públicos. Pero, en ambos casos, la gravedad de la lesión es inversamente proporcional a la duración del «desposeimiento». Si, al poco tiempo de verse privado de la cosa, se le restituye al dueño, sólo habrá sufrido una lesión menor. Si inmediatamente después de la defraudación se hace una complementaria y se paga, el perjuicio será también pequeño.

Aunque no es habitual tratar estos delitos desde esta perspectiva, lo cierto es que tienen, aun encubierta, la estructura de delitos permanentes. Su tiempo de ejecución coincide con el tiempo total en que la víctima se ve privada de su bien. El que se incorpora o se aparta del proceso ejecutivo en un momento determinado, responde de lo consumado en el lapso de tiempo de su intervención. La lesión completa sólo se produce cuando de manera definitiva se pierde la disponibilidad de la cosa o la cantidad. Buena prueba de ello es que aquí el comportamiento postdelictivo del autor puede tener un efecto prácticamente idéntico al del desistimiento, y la ley así lo reconoce en el delito fiscal mediante la figura de la regularización, aunque no en el delito de hurto, lo que es un ejemplo más de la benevolencia en el trato del delito fiscal⁽²⁴⁾.

Pero también el comportamiento postdelictivo ajeno puede tener trascendencia. Si un tercero interviene después de que se consume un robo o un hurto, manteniendo la situación antijurídica creada por el delito original, está participando en un delito formalmente consumado, y también materialmente, pero en relación con un bien jurídico de lesividad gradual. Si no me equivoco, el encubrimiento del núm. 1º del art. 451 y la receptación, responden a esta idea. No son, ninguno de los dos, delitos contra la administración de justicia (en el caso de la receptación el propio código parece aceptarlo así), sino ante todo hechos de lesividad primaria, pero de participación, aunque, si se quiere, con las suficientes particularidades como para justificar su tipificación independiente al margen de las figuras clásicas de la participación⁽²⁵⁾. No es,

(24) Sería, sin embargo, profundamente injusto que al autor de un hurto recientemente consumado que se arrepiente y devuelve la cosa incluso antes de que el propietario se cerciore de la pérdida, se le castigue por el delito consumado, sólo atenuado por el arrepentimiento, y al defraudador fiscal que hace una complementaria se le exima por completo de pena. Éste es un caso en el que podría aplicarse la analogía a favor del reo para extender la figura del desistimiento/regularización también a delitos patrimoniales. Posiblemente el hecho de que los ordenamientos no reconozcan el efecto eximente que podría tener un arrepentimiento activo que tuviera lugar inmediatamente después de la consumación del delito de hurto (el robo presenta un componente añadido de fuerza o violencia que no tiene carácter progresivo, y al que no puede alcanzar el arrepentimiento) tenga que ver con lo poco frecuente de la hipótesis en la realidad, y con el hecho de que, si se diera el caso, muy probablemente de manera informal se resolvería el hecho sin iniciarse un procedimiento penal.

(25) Cosa que no pasa con otros delitos de estructura permanente reconocida, como la detención ilegal y el secuestro. Quien ayuda al autor del delito a mantener la situación antijurídica de privación

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

Por otra parte, y aunque tampoco esta perspectiva es habitualmente tenida en cuenta, creo que un argumento que apoya la idea aquí defendida es la exigencia en estos delitos patrimoniales de ánimo de apropiación o lucro, como elemento subjetivo del injusto. Esta exigencia viene a poner de relieve la relevancia típica del comportamiento «postdelictivo» del propio autor (la apropiación sólo es delito si se hace con finalidad permanente), en otros términos, muestra que el delito no está materialmente consumado en su totalidad (y permite a la vez distinguir, pese a su identidad objetiva, la apropiación breve para usar la cosa, normalmente impune, del hurto, salvo que el uso se prolongue en el tiempo)⁽²⁶⁾. Desempeña, entonces, la misma función que la

de libertad es participe del delito sin más. En los delitos patrimoniales hay varias razones que aconsejan la creación de una figura especial; dos especialmente significativas. En primer lugar, algunos de los delitos más habituales, como el robo, no entrañan sólo un daño patrimonial, sino un desvalor añadido por la forma de comisión —en el robo con fuerza— o por efectos sobre otros bienes —en el robo violento—. El receptor de un delito robado contribuye materialmente sólo a la lesión patrimonial —a la parte del robo que coincide con el desvalor del hurto—, y no al resto, por lo que no participa en todo el hecho. En segundo lugar, y quizás sea éste el argumento principal, la receptación que tiene una mayor trascendencia político-criminal es la profesional, y en este caso, como veremos en el siguiente apartado, además del daño patrimonial directo, hay un desvalor añadido que convierte a este delito en una figura compleja, multiofensiva. La participación en el hecho previo es entonces sólo una parte del desvalor material del hecho, lo que justifica la creación de un delito independiente, pero sin perder de vista que una parte esencial de su contenido es un acto de participación en un delito patrimonial.

- (26) Con la perspectiva aquí seguida se explica lo que de otro modo resulta paradójico: que incluso si no hay ánimo de lucro, sino sólo de uso, puede castigarse el hecho como un hurto cuando el tiempo de posesión para el uso se alarga (por ejemplo, al pasar las 48 horas que señala el art. 244 para el hurto y robo de uso de vehículo de motor). En este caso el elemento subjetivo no hace falta, porque el hecho objetivo realizado por el autor entraña una privación temporal suficiente de los derechos dominicales. El proceso ejecutivo se ha desarrollado, así que para determinar la lesividad ya no es preciso tomar en consideración un elemento subjetivo que destaque la intención del autor de dañar a largo plazo el bien jurídico. Repárese en lo absurdo que resultaría considerar impune un hurto de uso de una cosa distinta a un vehículo de motor, cuando el uso fuera muy prolongado en el tiempo. Por ejemplo, el que toma la herramienta de otro para usarla

intención de consumir el delito en la tentativa, con la única diferencia —y este es el factor que ha impedido ver las semejanzas— de que en los delitos patrimoniales la consumación formal es un comienzo de consumación material en una situación progresiva de base.

Como se ha mencionado, la tesis que aquí se mantiene enlaza con las teorías clásicas que veían en el encubrimiento, al menos en alguna de sus modalidades, una forma de participación en el delito; y en gran medida también con aquéllas, claramente mayoritarias, que cifran, en este punto correctamente, el desvalor del hecho de la receptación en el mantenimiento de una situación antijurídica contra el patrimonio⁽²⁷⁾, pero no presenta las dificultades de las primeras para superar el argumento lógico de que no es posible participar en un delito que ya está consumado, y por otro lado, frente a las segundas, ofrece un esquema explicativo en el seno de la teoría general de la participación que resulta científicamente más coherente y que permite explicar, sin necesidad de estructuras teóricas añadidas, la relación accesoria, propia de la participación, entre el nuevo hecho y el delito base, así como la identidad del bien jurídico protegido en ambos.

En resumen, ciertos actos que actualmente, son mayoritariamente considerados como postdelictivos, lo que ha abocado a catalogarlos, inadecuadamente, como formas de encubrimiento, pueden razonablemente considerarse como actos de participación en un hecho lesivo de naturaleza permanente, enlazando con ello con la visión tradicional del código, que adquiere así una más adecuada fundamentación.

Pero, al margen de esta participación directa en un hecho de consumación permanente, hay otras modalidades de intervención en el hecho lesivo que deben ser examinadas porque, aunque no encajan en las modalidades clásicas de participación criminal, contribuyen materialmente a la lesión del bien jurídico protegido en el delito principal, que consecuentemente pasa a ser también su propio bien jurídico.

durante diez años y luego devolverla. Por último, el que en los daños no se exija ánimo de lucro muestra de nuevo la plausibilidad de la tesis que aquí se sostiene. El hecho objetivo es en estos casos suficiente exponente de la lesividad material.

(27) Detalladamente, De la Mata Barranco, Límites de la sanción en el delito de receptación: La receptación sustitutiva y la teoría del mantenimiento. El art. 546 bis f) del Código Penal, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989, pp. 21 y ss. Se trata de la concepción más extendida en la doctrina: por ejemplo, BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO, que gráficamente entienden que «lo que hace el receptor [...] es aumentar o completar la lesividad del delito base al que la receptación va referida», en BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)*, p. 483; RUIZ RODRÍGUEZ, *El delito de encubrimiento* (como en nota 7), p. 345; SUÁREZ GONZÁLEZ, en VVAA, *Compendio de derecho penal. (Parte especial)*, vol. II, p. 558; ROBLES PLANAS/PASTOR MUÑOZ, en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/RAGUÉS I VALLÉS (coord.), *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, Barcelona, Atelier, p. 247, aunque a la vez consideran que es un delito contra la administración de justicia.

Ello enlaza con la última cuestión a analizar: el examen de otras modalidades de intervención de varias personas en un hecho lesivo, lo que podríamos denominar «participación» en sentido amplio.

3. Las distintas modalidades de intervención de varios sujetos en el hecho lesivo: participación en sentido estricto y en sentido amplio («participación»)

La lesión de los bienes jurídicos puede ser la consecuencia de un acto simple de una sola persona o de un acto complejo compuesto por varias acciones, ya sean de la misma persona, ya de varias personas distintas que pueden actuar de manera coordinada o no.

Nos interesa especialmente esto último, los actos combinados, en coordinación o no, de varias personas; lo que enlaza con la clásica teoría de la autoría y la participación criminal, pero no sólo, porque ésta únicamente abarca una parte de las conductas complejas con relevancia penal. Hay otras, cuyo examen ha quedado oscurecido por la relevancia de la participación en sentido estricto, y que pueden cumplir un papel importante en la interpretación de algunos tipos penales.

Las modalidades de intervención de varias personas en un hecho lesivo abarcan tanto las clásicas conductas de coautoría, autoría mediata y participación (inducción y cooperación, necesaria o no), como otras acciones que podríamos denominar de participación en sentido amplio («participación»), y que tienen mucha importancia en lo que se está aquí examinando. Para establecer esta distinción es necesario introducir una primera clasificación relevante, que atienda a la existencia o no de algún tipo de vinculación causal entre los hechos, esto es, a la presencia o ausencia de algún tipo de coordinación entre ellos.

La intervención de varias personas en un hecho lesivo puede ser coordinada o no coordinada. Será coordinada cuando haya conexión entre los acontecimientos: la acción de uno está, de alguna manera, causalmente condicionada por la del otro, o las dos recíprocamente. Será no coordinada cuando las respectivas acciones, sin conexión causal entre ellas y por tanto de manera independiente, coincidan por azar en el espacio-tiempo y combinen sus efectos en un resultado lesivo (sinergia casual). Esta última categoría, que abarca algunos de los casos que tradicionalmente se examinan dentro de la denominada «autoría» accesoria⁽²⁸⁾, no tiene especial interés

(28) Aunque no todos. Algunos, como los casos en los que una de las intervenciones es posterior y su autor conoce la anterior, son en realidad supuestos de coordinación intencional en una dirección. El hecho conocido ajeno es imputable al dolo del autor como cualquier otro hecho objetivo con relevancia para la lesión típica.

para las situaciones que estamos examinando, así que debemos fijar la atención en las intervenciones coordinadas.

La intervención coordinada es no sólo mucho más frecuente que la no coordinada, sino a la vez más interesante desde una perspectiva teórica.

Supone que los diversos actos de intervención en el delito están conectados entre sí de una manera que va más allá de la mera sumación de efectos. De nuevo aquí es necesaria una ulterior distinción según la coordinación sea específica o genérica.

Una coordinación es específica cuando el propio hecho de la coordinación es parte de un plan que comprende acciones concretas de otros, esto es, cuando al menos uno de los sujetos que intervienen establece una conexión entre su propio acto y los demás actos concretos que contribuyen al hecho lesivo. El sujeto realiza su acto tomando en consideración otros actos ajenos concretos. Nada impide, naturalmente, que todos los intervinientes actúen de forma intencionalmente coordinada, y por ello parece aconsejable distinguir entre coordinación en una o en dos direcciones.

La intervención específicamente coordinada y en dos direcciones requiere acuerdo recíproco entre los intervinientes, y comprende las conductas que tradicionalmente se han examinado en la teoría de la autoría conjunta y la participación. Varios sujetos, de mutuo acuerdo, intervienen en plano de igualdad —coautoría— o adoptando uno el papel protagonista e interviniendo los demás con actos previos o coetáneos (incluyendo entre ellos también el compromiso previo o coetáneo de actos materiales posteriores). Básicamente, dentro de la autoría, estaría la conducta de los coautores y la del autor directo apoyado por partícipes, y en la participación, la conducta del inductor y la del cooperador tanto necesario como no necesario, o cómplice. La imputación de responsabilidad en estos casos ha sido convenientemente examinada por la teoría de la participación en sentido estricto.

La intervención coordinada puede serlo también en una sola dirección: uno de los intervinientes utiliza de forma intencional la actuación del otro (sin que éste intervenga mediante un acuerdo de voluntades), bien provocándola para así alcanzar sus fines —autoría mediata—, bien integrándola en su actividad causal como un hecho más —acciones intencionales previas o sucesivas a otra acción, previsible o ya sucedida—. Tanto la teoría general de la imputación, objetiva y subjetiva, como la teoría de la participación se han ocupado de delimitar la responsabilidad en estos casos⁽²⁹⁾.

(29) Aunque posiblemente haría falta desarrollar la estructura de lo que podríamos denominar «participación mediata», esto es, casos en los que alguien que no reúne las condiciones necesarias para ser autor (por ejemplo, por faltarle el elemento personal que define la autoría en un delito especial propio) se vale intencionalmente de otra persona que sí las reúne, pero que actúa sólo como autor inmediato no responsable. Si la exención de responsabilidad de este último se debe a la atipicidad de su comportamiento (por ejemplo, según la doctrina mayoritaria, en casos de

Pero la participación en sentido estricto no es la única forma de intervención coordinada con trascendencia jurídico-penal. Hay otra modalidad de participación en sentido amplio («participación») que podríamos definir como cooperación genérica, aunque esta denominación requiere algunas aclaraciones.

Lo propio de la cooperación intencional específica es que el hecho ajeno es conocido y forma parte del plan propio, lo que permite su imputación (imputación que puede ser o no recíproca, como hemos visto). En la cooperación genérica no cabe esta imputación, porque el concreto hecho ajeno no se integra en el plan de acción propio. Cabe a lo sumo una imputación genérica de contribución a acciones ajenas indeterminadas, pero no la imputación singular propia de la participación en sentido estricto.

Lo característico de esta forma de «participación» es la contribución a hechos delictivos ajenos creando escenarios fértiles que favorecen la comisión de delitos. Como no es posible establecer una conexión directa entre los hechos de los intervinientes, las reglas clásicas de la coautoría y participación no son aplicables, y quizás ello explique que sea una categoría que haya merecido escasa atención. El hecho concreto ajeno no puede imputarse al dolo del sujeto porque no tiene constancia de él, pero sí conoce que su acción contribuirá a facilitar hechos delictivos ajenos que no es preciso singularizar. El sujeto cuenta con que su acción, de forma genérica, va a favorecer la comisión de delitos por otros, y éstos a su vez, también de forma genérica, pueden razonablemente contar con que alguien va a colaborar en el hecho. No hay un plan conjunto, pero sí una sinergia que guarda paralelismo con ciertos procesos biológicos de cooperación. Igual que en la naturaleza donde hay recursos aprovechables surge un organismo vivo que los aprovecha y, de manera espontánea, se generan alianzas simbióticas en las que unos seres se apoyan en otros y cada uno obtiene a través del otro su propio provecho, en la actividad delictiva surgen también de manera espontánea actividades coordinadas cuya sinergia provoca una lesión que de otro modo no se daría, o no en la misma medida, y en la que los diversos intervinientes obtienen su provecho.

Ahora bien, al no encajar la cooperación genérica en ninguna de las modalidades de participación previstas en la ley, su castigo, cuando tenga la suficiente relevancia como para convertirse en delito, pasa por la creación en la parte especial de un tipo independiente que, al margen de su concreta configuración, será materialmente un tipo de «participación» y de peligro, cuyo desvalor material será la creación de contextos

error de tipo invencible) y a la vez se parte, como es habitual, de la accesoriedad del partícipe, el «partícipe» mediato no podrá tener responsabilidad pese a que en su caso sus conocimientos especiales le hacen conocer el efecto lesivo de la acción del autor. Hay aquí una laguna que la teoría del delito debería cubrir. Hace referencia a estos casos y las dificultades para solucionarlos en la teoría actual, GIMBERNAT ORDEIG. «El sistema del Derecho penal en la actualidad», en E. GIMBERNAT, *Estudios de Derecho penal* (3º ed.), Madrid, Tecnos, 1990, pp. 165 y ss. y 173 y s.

de riesgo de acciones lesivas de terceros⁽³⁰⁾, y cuyo bien jurídico será el mismo que se protege en los tipos penales que favorece.

Dentro de estas conductas, tienen especial interés por su mayor peligrosidad aquellas que proceden de actividades profesionales o que surgen de organizaciones delictivas que buscan lucrarse con el delito. Como veremos más adelante, este perfil está presente en algunas modalidades de la receptación y en el blanqueo de capitales, pero también permite explicar mejor el desvalor de hechos como las asociaciones ilícitas, pertenencia a grupos terroristas, provocación al odio o violencia contra grupos por motivos racistas o similares, o figuras de riesgo como las muy abundantes que tienen que ver con el tráfico, el suministro o la tenencia de sustancias o aparatos peligrosos en cuanto pueden ser usados por otros para cometer delitos.

III. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS

Una vez examinadas las tres cuestiones generales, es hora de aplicar las conclusiones extraídas a la discusión sobre el bien jurídico protegido en el blanqueo y figuras próximas, como la receptación o el encubrimiento.

De las muy variadas opiniones sobre cuál sea el bien jurídico protegido en el delito de blanqueo, analizaré brevemente las cuatro principales propuestas, pero en tres apartados: en el primero examinaré conjuntamente la tesis de quienes critican su tipificación, bien porque, de manera radical, consideran que no hay nada que proteger, bien porque creen que el desvalor que encierra no merece sanción penal, y la de quienes, por el contrario, cifran el interés en el orden socioeconómico; en el segundo, la de quienes apuntan a la administración de justicia; y por último la de quienes atienden a los bienes jurídicos de los delitos de donde procede o en los que se invierte el dinero blanqueado.

1. Ausencia de un interés penalmente protegible v. protección del orden socioeconómico

Las dos primeras opciones tienen un punto de partida similar—el blanqueo está relacionado con la actividad socioeconómica— pero llegan a resultados diametralmente

(30) También pueden crearse contextos de riesgo para acciones propias, lo que equivale a una preparación genérica del delito. Por ejemplo, la tenencia de armas puede entenderse como un tipo de peligro porque favorece la comisión por el autor de otros delitos. Si la posesión es para la venta o suministro a terceros, estaríamos frente a un caso de participación en sentido amplio. Muchos delitos de riesgo presentan este doble perfil: son actos que tanto facilitan la posterior comisión por el autor de delitos como propician acciones de terceros.

opuestos. La primera no encuentra desvalor alguno en el hecho desde la perspectiva socioeconómica, o al menos ninguno suficientemente relevante, y en consecuencia critica la actual regulación, mientras que la segunda, con diferentes formulaciones, cifra en la protección del orden socioeconómico, o alguno de sus aspectos singulares, la razón de ser exclusiva o principal del blanqueo.

La primera es, desde luego, una opinión minoritaria que además va en la línea opuesta a lo que ha sido una constante en la política criminal internacional, en la que el blanqueo ha irrumpido con fuerza siempre creciente. Pero, aunque su tesis básica me parece difícil de sostener, merece ser tenida en cuenta porque en su argumentación hay algo acertado, que sirve para poner en tela de juicio la otra alternativa, centrada en los intereses socioeconómicos.

El Código Penal clasifica el blanqueo dentro de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, clasificación que una parte importante de la doctrina da por buena, considerando que el orden socioeconómico es el bien jurídico protegido de manera exclusiva o principal en el art. 301⁽³¹⁾.

Más que un bien jurídico en sentido estricto⁽³²⁾, el orden socioeconómico hace referencia a una serie de principios y reglas referidos a la actividad económica que tienen naturaleza instrumental: su preservación favorece un estado de cosas que, en general, se considera adecuado de cara a la creación y reparto de la riqueza. A

(31) Son muchos los autores que estiman que el orden socioeconómico es el bien jurídico exclusivo o principal del blanqueo. Entre otros, véase DÍEZ RIPOLLÉS, «El blanqueo de capitales procedente del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español», *AP*, 32, 1994, pp. 609 y ss.; GÓMEZ INIESTA, *El delito de blanqueo de capitales en Derecho español*, Barcelona, Cedecs, 1996, pp. 34 y ss.; ZARAGOZA AGUADO, «El blanqueo de bienes de origen criminal» (como en nota 10), pp. 374 y ss.; FABIÁN CAPARRÓS, El delito de blanqueo (como en nota 10), pp. 209 y ss. y 224 y ss.; DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, *El blanqueo de capitales en el derecho español*, Madrid, Dykinson, 1999, pp. 12 y ss.; PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo de capitales*, Madrid, Edersa, 2000, pp. 277 y ss.; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, El delito de blanqueo (como en nota 11), pp. 94 y ss.; DEL CARPIÓ DELGADO, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 29 y ss. y 81 y ss.; ABEL SOUTO, *El delito de blanqueo* (como en nota 8), pp. 75 y ss.; BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo* (como en nota 4), pp. 215 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 296 y s.; QUINTERO OLIVARES, *Comentarios* (como en nota 19), 2002, p. 969; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (coord.), *Derecho penal español. Parte especial* (2º ed.), Madrid, Dykinson, 2005, p. 622.

(32) Las dificultades que plantea el calificar al propio orden socioeconómico como bien jurídico han sido frecuentemente destacadas por la doctrina. Por todos, VIDALES RODRÍGUEZ, *Los delitos de receptación* (como en nota 6), pp. 89 y ss.; DEL CARPIÓ DELGADO, *El delito de blanqueo* (como en nota 31), p. 78; PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo* (como en nota 31), pp. 253 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPE. PE* (como en nota 31), p. 296; ABEL SOUTO, *El delito de blanqueo* (como en nota 8), p. 59.

diferencia de los delitos patrimoniales, en el ámbito socioeconómico no siempre es fácil determinar qué comportamiento debe ser prohibido y a qué escala. En cualquier caso, en lo que estamos examinando, al menos es claro que el blanqueo no surgió históricamente como un delito para proteger la economía, y resulta además altamente dudoso que éste sea su objeto de protección no ya único, sino ni siquiera preferente.

Para aclarar este punto es importante distinguir los efectos económicos y de otro tipo que puedan derivarse de la existencia de grandes, en ocasiones incluso ingentes, cantidades de dinero generadas por actividades delictivas, como el tráfico de drogas o el de armas, y los efectos que se derivan de que dichas cantidades se blanqueen⁽³³⁾. Sólo esto último tiene relevancia a la hora de valorar el efecto del blanqueo, pero no lo primero, que se da igual con o sin blanqueo. Sin embargo, el discurso habitual imputa al propio hecho del blanqueo los efectos perjudiciales para la economía que se derivan del hecho de que dichos capitales existan y penetren en el flujo económico. Con ello se olvida que estos capitales existen, no por el blanqueo, sino por la actividad delictiva previa.

Solamente aquellos perjuicios al orden socioeconómico que se deriven del hecho de blanquear, esto es, que no se darían si el dinero del delito siguiera siendo negro, pueden ser achacados al blanqueo. Una prueba del nueve en este tema sería la siguiente: si imaginamos una situación hipotética en la que ya se ha generado una gran cantidad de dinero como beneficio de un delito, ¿es, desde un punto de vista socioeconómico, mejor que siga en la economía sumergida o que aflore y comience a tributar? Quienes cifran el desvalor del blanqueo en el orden socioeconómico tendrían que responder lo primero, que es mejor que siga en la economía sumergida —por eso precisamente prohibiríamos bajo pena su lavado—, pero intuitivamente se percibe enseguida que hay algo erróneo en esta tesis. Claro está que es mejor que no haya dinero negro, pero la producción de éste se debe al delito previo, que tiene su correspondiente pena en la que ya debe valorarse el daño que puede causar la acumulación de riqueza procedente del delito, no al blanqueo.

Lo que esta prueba pone de relieve es que no es en absoluto claro cuáles son los daños que el hecho del blanqueo —no el de que haya dinero negro a disposición de peligrosos delincuentes, que esto es evidente— provoca en la economía. Por lo pronto, resulta claro, que desde la perspectiva de uno de los intereses clásicos del

(33) Quienes critican la tesis que destaca los aspectos positivos del blanqueo desde una perspectiva económica, acaban fijando su atención en otros efectos no económicos, como la promoción del crimen o el encubrimiento; muy claro en GÓMEZ INIESTA, *El delito de blanqueo* (como en nota 31), p. 40, que reconoce que hacer aflorar el dinero negro tienen indudables ventajas, pero luego destaca otros aspectos, no económicos, que justifican la punición—. Estos efectos son ciertos, pero precisamente no apoyan la tesis de que el bien jurídico sea el orden socioeconómico, sino esos otros intereses a los que acaban acudiendo.

orden económico, como es la hacienda pública, el blanqueo puede ser beneficioso. En este punto le asiste la razón a BAJO FERNÁNDEZ, como muestra el hecho, que este mismo autor recuerda, de que el Estado con cierta frecuencia arbitre procedimientos para sacar a la luz el dinero negro⁽³⁴⁾, o que algunos países se hayan especializado en la captación y lavado de estos fondos⁽³⁵⁾. Con ello no quiero decir que esta práctica sea correcta, que no lo es porque tiene otros efectos perjudiciales, sino tan sólo que a efectos de recaudación tener el dinero en la economía sumergida es negativo, y hacerlo aflorar positivo, y por eso cuando el Estado necesita aumentar la recaudación surge la tentación de recurrir a instrumentos de blanqueo legal.

En cuanto a otros intereses, se apunta frecuentemente a la circulación lícita de los bienes en el mercado⁽³⁶⁾. Es, sin duda, correcto defender el tráfico lícito de los bienes, pero, primero, desde un punto de vista exclusivamente socioeconómico, que es el que ahora nos interesa, esto afecta a cualquier dinero negro y no sólo a los que proceden de un delito. No hay diferencia alguna entre intervenir en el mercado con grandes cantidades de dinero que proceden de operaciones encubiertas pero no delictivas que de otras que sí lo son. ¿Cómo se podría justificar entonces la limitación típica? En segundo lugar, el principio de lesividad requiere que los tipos penales presenten un contenido de desvalor suficiente, y en este punto las dudas incluso desde una perspectiva económica son obvias. Una vez más no debe olvidarse que muchos de los males que desde una perspectiva económica se achacan al blanqueo son en realidad imputables a la propia existencia de dinero negro, por lo que la prioridad es combatir los delitos que producen esos capitales ilícitos.

Los perjuicios achacables al blanqueo tienen más que ver con el probable mal uso que se haga del dinero blanqueado o con la promoción y encubrimiento de los

(34) BAJO/S. BACIGALUPO, *DPE* (como en nota 9), p. 678. En esta misma línea, muy pormenorizadamente, SUÁREZ GONZÁLEZ, «*Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española*», *CPC*, 58 (1996), pp. 125 y ss. y esp. 141 y ss. Incluso los autores que han criticado vivamente la tesis de BAJO Y SUÁREZ, suelen convenir en que el blanqueo puede producir efectos beneficiosos en la recaudación. Así, por ejemplo, DEL CARPIÓ DELGADO, *El delito de blanqueo* (como en nota 31), pp. 79 y ss.; PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo* (como en nota 31), pp. 274 y 276; ABEL SOUTO, *El delito de blanqueo* (como en nota 8), pp. 23 y ss., donde admite que el Estado se financió haciendo aflorar dinero negro.

(35) Aluden a esta política, FABIÁN CAPARRÓS, *El delito de blanqueo* (como en nota 10), pp. 209 y ss.; PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo* (como en nota 31), p. 275.

(36) De los diversos intereses económicos, éste es el que con más frecuencia se esgrime como bien jurídico directo del blanqueo. Así, entre otros, PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo* (como en nota 31), pp. 277 y ss.; DEL CARPIÓ DELGADO, *El delito de blanqueo de bienes* (como en nota 31), pp. 29 y ss. y 81 y ss.; ABEL SOUTO, *El delito de blanqueo* (como en nota 8), pp. 75 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DPE. PE* (como en nota 31), pp. 296 y ss.; GONZÁLEZ RUS, *PE* (como en nota 31), p. 622.

delitos de los que trae su origen que con intereses estrictamente económicos. Si, en una situación tipo «Robin Hood», el dinero obtenido del blanqueo se utilizara en servicios sociales —que es a fin de cuentas lo que hace el Estado cuando decomisa los bienes— no se ve muy bien qué perjuicio económico se derivaría de ello (o qué beneficio de seguir manteniéndolo en la economía sumergida, solución que, en el caso del Estado, sería poco menos que grotesca).

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

Por eso no puede tampoco suscribirse la tesis de quienes extraen de la falta de un interés socioeconómico relevante la irrelevancia o incluso bondad del blanqueo⁽³⁷⁾. No es una frivolidad o un error generalizado el que la lucha contra el blanqueo se haya convertido en prioridad en la política criminal de muchos países. Que no haya un bien jurídico socioeconómico suficiente detrás del blanqueo no significa que no haya otros. Al fijarse sólo en los efectos económicos (y sólo desde una perspectiva que puede ser discutible) del hecho de legalizar el dinero, olvidan todo lo que esta conducta supone desde la perspectiva de su contribución a delitos de extraordinaria gravedad, lo que enlaza con los dos apartados siguientes.

2. Administración de justicia

Cualquier aproximación al delito de blanqueo pone de relieve su proximidad con los delitos de encubrimiento, hoy clasificados entre los que afectan a la administración

(37) La defensa primera y más decidida procede de BAJO FERNÁNDEZ, «Política criminal y reforma penal...» (como en nota 9), al que sigue después SUÁREZ GONZÁLEZ, CPC, 58, (1996) (como en nota 34), pp. 141 y ss. También COBO DEL ROSAL/ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ se han mostrado muy críticos con el precepto —Blanqueo de capitales. Abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios (Repercusión en las leyes españolas de las nuevas directivas de la Comunidad Europea) (Estudio doctrinal, legislativo y jurisprudencial de las infracciones y de los delitos de blanqueo de capitales, Madrid, Cesej, 2005, pp. 92 y ss.—. En general, el planteamiento de estos autores ha recibido fuertes críticas. Véase, por ejemplo, PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo* (como en nota 31), pp. 268 y ss.; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo* (como en nota 11), pp. 86 y ss.; ABEL SOUTO, *El delito de blanqueo* (como en nota 8), pp. 23 y ss.; BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo* (como en nota 4), pp. 197 y ss.

de justicia, y por eso no es extraño que una tesis muy extendida, en ocasiones con apoyo legal, considere que éste es el bien o uno de los bienes protegidos en el blanqueo⁽³⁸⁾.

Sin embargo, una vez más, nos encontramos aquí ante un bien eminentemente instrumental y difícil de precisar⁽³⁹⁾. Creo que hay básicamente dos aspectos a considerar. Por un lado, la Administración (con mayúscula) de justicia, entendida como la parte de la organización administrativa encargada de administrar justicia, y otra la administración (con minúscula) de justicia, entendida como la correcta (acorde a la ley) solución de controversias jurídicas.

Muy pocos delitos de los incluidos en el título dedicado a la Administración de justicia afectan realmente a lo primero, esto es, a los intereses económicos y de eficacia en la gestión referido a la puesta en marcha inadecuada de un procedimiento judicial. Éste es el interés propio de la simulación de delitos (art. 457), y en la acusación y denuncia falsa contribuye a marcar la diferencia con la calumnia y la injuria.

Los demás delitos del título afectan a lo segundo, a la administración de justicia en sí, pero la justicia no es más que un término que aúna las diferentes soluciones justas a los diferentes conflictos que afectan a todo tipo de bienes. Si bien se observa, se trata de un bien que, en la clasificación antes examinada, es marcadamente instrumental. Su indemnidad es condición para preservar distintos bienes personales como los siguientes:

En primer lugar, los intereses individuales que se vulneran en las sentencias o resoluciones contrarias a la ley. La libertad del inocente condenado (incluso su vida, si hay pena de muerte); la propiedad del que ve como se le priva de su derecho por una sentencia injusta, etc. La prevaricación judicial y el falso testimonio en contra del reo

(38) En algunos países, como Suiza, expresamente se ha optado en el código por esta solución —*supra* nota 4—, lo que ha condicionado la posición de la doctrina mayoritaria. También en Alemania, es posición dominante, apoyada por el StGB que sitúa el blanqueo del § 261 entre las figuras de favorecimiento y receptación, la que apunta a la Administración de justicia como un bien jurídico esencial en el blanqueo; por todos, DIONYSOPOULOU, *Der Tatbestand der Geld- wäsche. -Eine Analyse der dogmatischen Grundlagen des § 261 StGB* Frankfurt am Main, Peter Lang, 1999, pp. 57 y ss. y 65 y ss. En España, entre otros, se inclinan por este bien en exclusiva o concurriendo con otros, Gómez Pavón, «El bien jurídico protegido en la receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento», CPC, 53, 1994, pp. 459 y ss.; DE LA MATA BARRANCO, Límites de la sanción en el delito de receptación (como en nota 27), pp. 49 y ss.; PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo* (como en nota 31), pp. 284 y ss., con ulteriores referencias; VIDALES RODRÍGUEZ, *Los delitos de receptación y legitimación de capitales* (como en nota 6), pp. 92 y s.; ABEL SOUTO, *El delito de blanqueo* (como en nota 8), pp. 26 y ss. y p. 85, con abundantes referencias; VIVES ANTÓN/ GONZÁLEZ CUSSAC, PE (como en nota 10), p. 636; MUÑOZ CONDE, PE (como en nota 8), p. 537; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte Especial* (4º ed.), Barcelona, Atelier, 2002, pp. 897 y s.

(39) Destaca acertadamente esta idea SÁNCHEZ – OSTIZ, ¿Encubridores o cómplices? (como en nota 14), pp.158 y ss. y 367 y ss.

(arts. 446 y ss. y 458 y ss. CP), o las distintas figuras de la obstrucción a la justicia y deslealtad profesional (arts. 463 y ss. CP), provocan estos efectos⁽⁴⁰⁾.

En segundo lugar, los intereses también individuales de la vida, integridad, salud, libertad o libertad sexual del que está en peligro en el caso de la omisión del deber de impedir delitos (art. 450 CP).

En tercer lugar, la paz social, una de cuyas condiciones de existencia es el arreglo formalizado de conflictos a través de los procedimientos legales, algo que se ve lesionado en la realización arbitraria del propio derecho cuando se emplea fuerza o violencia (art. 455 CP).

Por último, y lo que más nos interesa, los que aluden a esa faceta de la administración de justicia que tiene que ver con la teoría de los fines de la pena⁽⁴¹⁾. Con la pena se trata de, por un lado, retribuir el delito dando satisfacción (casi reparación) a las víctimas del delito y a la sociedad, y, por otro, de prevenir futuros delitos. Si no se condena al culpable, ambos fines — satisfacción de los sentimientos de justicia y

(40) Hasta el punto de que teóricamente podría también castigarse a quien los comete por los delitos correspondientes contra la libertad, la propiedad, etc., en calidad de autor mediato a través de un instrumento justificado (el juez). La figura de la estafa procesal desarrolla esta posibilidad.

(41) Muy interesante, y en muchos puntos coincidente con la idea central que aquí se defiende, es el planteamiento de SÁNCHEZ-OSTIZ, desarrollado en su monografía *¿Encubridores o cómplices?* (como en nota 14), especialmente pp. 270 y ss., que vincula los delitos contra la administración de justicia, como el encubrimiento, con la protección de las normas secundarias de sanción (y con ello mediatamente de las primarias de comportamiento) llevada a cabo mediante una norma que denomina de resguardo, dirigida a los ciudadanos y a otros funcionarios ajenos al órgano juzgador, y que les impone el deber de no obstaculizar —por ejemplo, encubriendo pruebas— el cumplimiento por los órganos de la justicia de la norma de sanción («protección de la efectividad de los preceptos penales», en las palabras del autor, *op. cit.*, p. 273). No puedo entrar aquí en el análisis de la sugestiva tesis de SÁNCHEZ-OSTIZ, aunque tengo una gran simpatía por su propuesta de rescatar lo que tenía de valioso la teoría del encubrimiento-participación, así como de buscar tras el rótulo administración de justicia los intereses directos protegidos —en este caso, los bienes que se protegen en las normas primarias, reforzadas por las secundarias—, ideas que laten también en la aproximación que se presenta en este trabajo.

Por otro lado, sus puntualizaciones sobre la norma de resguardo merecen un análisis más detallado, pero en general creo que aportan valiosas ideas que complementan la teoría de la norma que traté de desarrollar en un trabajo anterior, y a la que se refiere SÁNCHEZ-OSTIZ, *op. cit.*, pp. 263 y ss., y particularmente notas 563 en p. 263, 589 en p. 273 y 603 en p. 277. Es indudable que las normas que imponen obligaciones a los ciudadanos y funcionarios en general para que no obstaculicen la administración de justicia penal contribuyen a la efectividad de la norma secundaria, y en último extremo de la primaria que protege los bienes jurídicos básicos, y que lo hacen, no operando sobre el destinatario de ésta, el juez penal, sino sobre el resto de los ciudadanos para que no alteren las condiciones materiales que permiten a aquél cumplir su deber. En este sentido, la norma de resguardo no es una norma terciaria (esto es, su condición de aplicación no es el incumplimiento de la norma secundaria por el juez), como sí lo es la prevaricación.

prevención de delitos— se ven lesionados. La prevaricación, la obstrucción a la justicia y el falso testimonio, todos ellos a favor del reo, el favorecimiento personal dentro del encubrimiento, o el quebrantamiento de condena, provocan este efecto.

De los dos aspectos mencionados, el primero, retribución, está ligado a sentimientos psicológicos. Provoca un efecto similar al de una lesión psíquica o una amenaza; en este caso, el ciudadano en general y la víctima y sus allegados en particular, sienten el dolor propio de ver frustrados sus sentimientos de justicia. El segundo enlaza con la participación en sentido amplio, tal como fue definida más arriba. Crea un contexto —la impunidad del delincuente— que menoscaba la prevención general y con ello favorece la comisión de nuevos delitos. Así que de nuevo puede vincularse a los bienes jurídicos personales que están detrás.

El blanqueo de capitales, en la redacción que le da el código y que lo aproxima al encubrimiento —«ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos»—, responde a esta idea. Uno de los procedimientos más efectivos de persecución de la criminalidad que genera grandes cantidades de dinero consiste en seguir el rastro que éste deje para llegar hasta el delincuente («Follow-the-Money», en la expresión inglesa). El blanqueo provoca la pérdida de ese rastro y con ello contribuye de manera muy efectiva al encubrimiento del delito original⁽⁴²⁾.

Ahora bien, para atender ese flanco en la lucha contra la delincuencia ya existe el encubrimiento, y la cuestión entonces es si se justifica de alguna manera la creación de una figura que al menos parcialmente coincide con otra ya existente⁽⁴³⁾.

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

(42) Aunque debe añadirse que no siempre. En determinadas situaciones el dinero negro puede dejar menos huella de blanqueado. Así que en estos casos el efecto sería el contrario.

(43) Contesta negativamente a esta pregunta SUÁREZ GONZÁLEZ, *CPC*, 58, (1996) (como en nota 34), pp. 145 y s.; también en *Cómpendio* (como en nota 27), p.565.

ha cometido un delito. En cuanto afecta a este bien jurídico, y obviamente lo hace, no es más que una modalidad de encubrimiento. Su especialidad reside en que no sólo es esto, y ello nos sitúa en el siguiente y último punto de análisis.

3. Protección de los bienes jurídicos del delito de referencia: blanqueo y «participación»

La última opción a considerar es la que ve en el blanqueo un tipo penal que protege los mismos bienes jurídicos que se encuentran tras los delitos de donde procede o en los que se invierte el dinero blanqueado.

Aquí hay dos posibilidades: que el tipo brinde una protección en primer plano del objeto concreto portador del bien jurídico afectado por el delito base —lesión directa en situaciones de consumación permanente en el tiempo, en el esquema antes desarrollado—, o bien que contribuya, en un segundo plano, a crear un contexto favorable a la comisión de delitos como el delito base u otros similares.

A diferencia del favorecimiento real en el encubrimiento, en el que está presente el primer aspecto, o de la receptación, en la que pueden darse ambos⁽⁴⁴⁾, aunque prevalece el primero, en el blanqueo sólo tiene importancia el segundo, y de forma especialmente intensa.

El favorecimiento real y la receptación contribuyen directamente a la lesión del bien jurídico del delito base porque mantienen el estado antijurídico creado, y con ello agravan la lesión. El perista que compra la obra de arte robada contribuye directamente a que ésta no vuelva a su propietario. Si el delito patrimonial se examina en toda su dimensión temporal, la lesividad procede de la acumulación de las acciones del delincuente original y de los que mantienen la situación antijurídica. En el blanqueo, salvo cuando el delito del que procede el capital sea, como en la receptación, un delito patrimonial o contra el orden socioeconómico, esto no se da⁽⁴⁵⁾. Pero sí lo segundo: la creación de un contexto favorecedor de delitos.

(44) Destacan este doble desvalor en la receptación BAJO FERNÁNDEZ / PÉREZ MANZANO, *PE* (como en nota 27), p. 483.

(45) Esto, en general, ha sido bien visto por la doctrina. Por todos, DE LA MATA, *Límites de la sanción en el delito de receptación*, (como en nota 27), pp. 48 y ss., GÓMEZ INIESTA, *El delito de blanqueo* (como en nota 31), p. 32, y SUÁREZ GONZÁLEZ — *Compendio* (como en nota 27), p. 565—, que recuerdan que el blanqueo no contribuye al mantenimiento de la situación antijurídica del delito previo.

Éste es un aspecto central del blanqueo. El que surgiera como figura para combatir el delito de tráfico de drogas apoya esta tesis⁽⁴⁶⁾, igual que el relevante dato de que cada vez más se vincule a la lucha contra la criminalidad organizada⁽⁴⁷⁾. Y, como se ha destacado reiteradamente, opera en dos momentos o fases distintas: favoreciendo el hecho previo del que procede el blanqueo, y facilitando los delitos subsiguientes en los que se invierte el dinero blanqueado⁽⁴⁸⁾.

En cuanto a lo primero, ciertos hechos delictivos —y el tráfico de drogas organizado y a gran escala o el de armas son paradigmáticos en este sentido— generan tales cantidades de dinero que una parte de la lucha eficaz contra ellos consiste precisamente en hacer desaparecer o reducir ese incentivo. Como el uso del dinero en grandes sumas requiere su legalización⁽⁴⁹⁾, el delito principal sólo es económicamente atractivo si el dinero se puede legalizar. La existencia de blanqueadores profesionales, igual que la de receptadores profesionales⁽⁵⁰⁾, allana el camino del delito. Su efecto es muy similar al de los actos de participación (psíquica) en sentido estricto que consiste en prometer

- (46) Por eso no puede ser correcta la tesis de quienes, como GÓMEZ INIESTA, estiman que no pueden protegerse los bienes jurídicos del delito del que procede el dinero blanqueado (en su caso se refiere a la salud pública) porque esta conducta en forma alguna afecta al «*propio objeto material del delito*» —El delito de blanqueo (como en nota 31), cit. p. 32; también PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo* (como en nota 31), pp. 242 y ss., con referencias adicionales —. Tampoco quien suministra el explosivo está lesionando la vida, pero contribuye a ello y es cómplice de asesinato.
- (47) De la estrecha relación entre delincuencia organizada y blanqueo dan cuenta la historia del delito y las múltiples referencias en textos internacionales. Muy significativos en esta línea son, por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, de 15 de noviembre de 2000, especialmente los arts. 6 y 7, o las recomendaciones del GAFI, que vinculan lavado de activos y financiación del terrorismo. También en el debate doctrinal sobre el bien jurídico se hace referencia a ello sobre todo por quienes, como BARTON —«*Sozialübliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsch* (§ 261 StGB)», *Der Strafrichter*, 3, 1993, pp. 156 y ss.—, entienden que lo decisivo del blanqueo es la lucha contra la criminalidad organizada. En España acepta este planteamiento SÚAREZ GONZÁLEZ, *Compendio* (como en nota 27), p. 565, también en «Comentario al art. 301» en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.)/J. BARREIRO (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, Civitas, 1998, p. 862. Por su parte, QUERALT JIMÉNEZ, recuerda que el blanqueo es el «culmen de la peligrosa criminalidad organizada», *PE* (como en nota 38), cit. p. 897. Sobre la posición de BARTON y próximas, ABEL SOUTO, *El delito de blanqueo* (como en nota 8), pp. 42 y ss. y 47 y ss.
- (48) Como ha indicado NAYLOR —«*Follow-the-Money Methods in Crime Control Policy*», en M. E. BEARE (ed.), *Critical Reflections on Transnational Organized Crime, Money Laundering, and Corruption*. University of Toronto: Toronto/Buffalo/London, 2003, pp. 256 y ss.—, suprimir los beneficios acumulados por los criminales hace desaparecer el motivo (beneficio) y los medios (capital para operar) para cometer futuros delitos, op. cit., p. 256.
- (49) Así, PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo* (como en nota 31), p. 256.
- (50) Esta es una opinión muy extendida al analizar la receptación. Por ejemplo, ROVIRA TORRES —*El encubrimiento*, Barcelona, Bosch, 2006, p. 34— apunta en este sentido: «El receptador (...)

ayuda posterior para eludir la justicia, favoreciendo con ello su comisión⁽⁵¹⁾, sólo que en este caso la decisión del autor no se basa en la promesa expresa de otro —participación en sentido estricto—, sino en la existencia previa de un mercado en el que puede obtenerse con facilidad el apoyo postdelictivo —participación en sentido amplio de los que gestionan ese mercado—. En el blanqueo, la coordinación de actos entre el delito base y el de blanqueo tiene carácter genérico: este último crea un mercado público que favorece la comisión de los delitos de los que procede el dinero blanqueado al ofrecer a sus autores una expectativa más que razonable de poder lucrarse con su hecho.

En cuanto a lo segundo, la legalización del dinero procedente del delito comporta que pueda ser reinvertido en la comisión de nuevos delitos⁽⁵²⁾. Una parte sustancial del dinero generado por el tráfico sirve para reinvertirlo en nuevas operaciones. Ahora bien, no puede olvidarse que la capacidad para financiar delitos procede ante todo de la disponibilidad inicial de los fondos a consecuencia del delito previo, no de su posterior blanqueo. Es más, en no pocos casos la financiación de delitos —cohechos y corrupciones de todo tipo, asesinatos, lesiones, amenazas, etc. — es más fácil con dinero opaco que con dinero blanco⁽⁵³⁾, cuyo control es más fácil. Por eso, únicamente puede achacarse al blanqueo la promoción de aquella parte de la financiación de nuevos delitos que sólo puede hacerse con dinero blanqueado.

También en este caso estamos ante participación en sentido amplio. Hay una promoción genérica de nuevos delitos en la medida en que es un hecho constatable que, quienes se han lucrado con el delito, en una buena medida utilizan lo ganado para financiar nuevas acciones delictivas. Por ello, poner grandes cantidades de dinero

constituye un elemento o figura esencial en la promoción y proliferación de los delitos contra la propiedad».

- (51) Si la promesa previa es un factor relevante para decidir al autor a cometer el delito, se dan todos los elementos de la complicidad, o incluso cooperación necesaria, psíquica -en este sentido, muy claramente, por ejemplo, JAKOBS, *AT* (como en nota 23), § 22, nm. 40; ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München, C. H. Beck, 2003, § 26. nm. 201; SÁNCHEZ-OSTIZ, *El encubrimiento* (como en nota 15), pp. 25 y 32 y nota 43, que recoge jurisprudencia española en este sentido. Sólo cuando la promesa de encubrimiento no tenga efectos relevantes en la decisión del autor deberá quedar excluida la participación y esperarse al efectivo acto de encubrimiento —hasta entonces sería un hecho irrelevante— para castigar.
- (52) Esta idea aparece recurrentemente en el análisis del blanqueo; por todos, PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo* (como en nota 31), p. 291; MUÑOZ CONDE, *PE* (como en nota 8), p. 537, y tiene especial plasmación en las teorías, como la de BARTON, que cifran el desvalor del delito en la lucha contra la criminalidad organizada —referencias supra nota 47.
- (53) Idea que ha destacado, entre otros. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo* (como en nota 11), p. 97.

lavado en sus manos facilita su actividad delictiva, con lo que encaja en la categoría de la intervención coordinada genérica que caracteriza a la participación en sentido amplio.

En conclusión, el blanqueo es una actividad compleja, multiofensiva, que provoca dos tipos de efectos disvaliosos: por un lado es encubrimiento, similar al art. 451.2º., y afecta a la administración de justicia en su vertiente vinculada a los fines de la pena, que son la satisfacción de los sentimientos de justicia y la prevención de futuros delitos⁽⁵⁴⁾; por otro lado es participación en sentido amplio, es decir participación sólo genéricamente coordinada en (1) los delitos de los que procede el dinero blanqueado y (2) los delitos que se puedan cometer haciendo uso del dinero blanqueado y que no hubieran podido cometerse sin el blanqueo. Crea un contexto fértil para la proliferación de delitos de tráfico de drogas, trata de personas, terrorismo, etc. Y con ello sirve a la protección de los bienes jurídicos básicos que se encuentran detrás de estos delitos.

IV. BLANQUEO Y FIGURAS AFINES: ENCUBRIMIENTO Y RECEPCIÓN

De las consideraciones anteriores se desprende que, al margen de la concreta tipificación, hay tres grupos de intereses relacionados con las figuras que estamos examinando: la administración, con minúscula, de justicia en materia penal, relacionada con los fines de la pena (protegida en los tipos de encubrimiento de los apartados 2º y 3º del art. 451 y el delito de blanqueo); los bienes que se lesionan en los delitos de estructura permanente (protegidos en la recepción y en el encubrimiento del apartado 1º del art. 451, así como en las figuras de participación en sentido estricto en el delito); y los bienes protegidos en el delito base, en el que se «participa» creando un .contexto que propicia su comisión (protegidos en el delito de recepción profesional y en el blanqueo).

- a) El primero, la administración de justicia, se lesiona en estas figuras impidiendo o dificultando que el responsable de un delito previo sea perseguido, bien ocultando al propio sujeto (encubrimiento del art. 451.3º CP), bien destruyendo, alterando u ocultando elementos de prueba o investigación (encubrimiento del art. 451.2º y blanqueo de capitales del art. 301). En estos casos no hay participación ni en sentido estricto ni en sentido amplio en el delito previo, aunque sí es cierto que la conducta, como cualquier otra que impida impartir justicia, afecta en alguna medida a la prevención especial y general de futuros

(54) Aspecto, este último, que en la delincuencia organizada tiene mucha importancia, dada la alta probabilidad de reincidencia. Por eso, en último extremo, al proteger la administración de justicia se está a la vez protegiendo genéricamente los bienes jurídicos afectados por los delitos que pudiera cometer el reincidente.

delitos, y con ello a los bienes jurídicos protegidos en los respectivos tipos penales que los sancionan.

- b) El segundo, el patrimonio, cuando es objeto de una lesión que se mantiene en el tiempo, como en los delitos que entrañan un desplazamiento de la cosa que se mantiene fuera de la disponibilidad de su titular, es bien jurídico protegido en la receptación y en el impropriamente denominado y ubicado⁽⁵⁵⁾ encubrimiento del art. 451.1º, que no es más que una receptación no profesional sin ánimo de lucro personal. Como vimos, estas figuras sancionan en realidad actos de participación (lo que explica la estructura accesoria de este delito y el hecho de que históricamente fuera considerado como una forma de participación) que, con una adecuada interpretación, podrían encajar en la figura de la complicidad (o incluso de la cooperación necesaria), como sucede en otros delitos permanentes como la detención ilegal⁽⁵⁶⁾, pero que históricamente se han constituido en figuras especiales de encubrimiento o receptación de delitos patrimoniales.
- c) El tercero, los bienes protegidos en el delito base en el que se «participa». Hay acciones, como el blanqueo o la receptación profesionales⁽⁵⁷⁾, que crean contextos favorables a la comisión de delitos sin que haya un acto de cooperación específica. En el caso de la receptación, ello se produce creando un mercado en el que el objeto de comercio son los bienes procedentes de delitos, lo que

(55) Claro está que el que ayuda al delincuente a lucrarse está facilitando su delito, pero esto es lo propio de cualquier participación, y no por ello se dice que afecte a la administración de justicia. En realidad es una figura que debería situarse junto a la receptación dentro de los delitos patrimoniales, distinguiendo la receptación profesional y lucrativa de la mera ayuda por razones personales. El desvalor en ambos es la continuación de la lesión del patrimonio comenzada en el delito previo, y además en la receptación profesional la promoción de delitos creando un mercado de receptación. No es infrecuente en la doctrina reconocer que esta primera modalidad de encubrimiento no afecta a la administración de justicia. Así, por ejemplo, CANCIO MELIÁ, *Comentarios* (como en nota 23), p. 1190.

(56) SÁNCHEZ-OSTIZ ha destacado cómo en algunos delitos, como el tráfico de estupefacientes o la colaboración con banda armada, que se desarrollan a lo largo del tiempo, no se aplica por los tribunales el encubrimiento, sino directamente autoría o participación. El encubrimiento (como en nota 15), p. 43.

(57) En la receptación se ha destacado con frecuencia esta idea, incluso en ocasiones por encima del aspecto patrimonial de mantenimiento de la situación antijurídica. Esta es, por ejemplo, la posición de GONZÁLEZ RUS, que expresamente afirma que en la receptación el factor esencial es «el interés general en no favorecer la delincuencia patrimonial y económica, en la medida en que posibilitar que el autor vea satisfecho el lucro pretendido con el delito es un factor decisivo en el desarrollo de este tipo de criminalidad», PE (como en nota 31), cit. p. 619. La jurisprudencia, por su parte, ha destacado el doble desvalor de la receptación, perpetuador del daño patrimonial y fomentador de nuevos delitos; por todas, STS de 25 de marzo de 1996.

otorga a éstos un valor añadido y con ello promociona el delito. En el caso del blanqueo, la «participación» presenta dos modalidades: la primera es similar a la de la receptación profesional, sólo que en este caso el bien objeto de comercio y que viene a revalorizar- se es el dinero negro; la segunda es la promoción de futuros delitos al generar fondos blanqueados que pueden financiarlos.

V. CONCLUSIONES

El blanqueo de capitales es un delito complejo, con dos objetos de protección: es a la vez un delito de encubrimiento, que atenta contra la administración de justicia penal, y con ello impide la satisfacción del sentimiento de justicia y erosiona la prevención de nuevos delitos, y un delito de participación en sentido amplio («participación») que, como todo acto de participación, atenta contra los bienes jurídicos que se encuentran detrás de los delitos en los que se participa, que pueden ser tanto aquéllos de donde procede el dinero blanqueado como los que se financian a su costa. Su peculiaridad como delito independiente reside en este carácter complejo: no sólo encubre delitos, sino que a la vez los promociona de manera genérica.

El blanqueo no surgió para proteger el orden socioeconómico, ni la importancia que ha adquirido puede justificarse desde esa perspectiva, respecto de la cual, por otro lado, tiene efectos ambivalentes. Aunque, en circunstancias normales, prevalecen los negativos, no permiten justificar la existencia de una figura típica de esta gravedad, que sólo puede explicarse por su carácter promotor de delitos graves cometidos por organizaciones criminales, en la triple modalidad de encubrir sus actos, crear un mercado que garantiza las ganancias que provienen del delito, y financiar otros nuevos. Por todo ello, su ubicación actual en el Código Penal es incorrecta.

De aquí se desprenden una serie de consecuencias finales, que sólo pueden ser apuntadas:

1. Los actos de blanqueo que, por su escasa entidad y no profesionalidad, sólo entrañen encubrimiento y no puedan tener efectos suficientemente relevantes en el favorecimiento de delitos, deberían quedar al margen del art. 301 CP y someterse a las reglas del encubrimiento del art. 451.2.- CP. A estos efectos, sería aconsejable incluir al menos un límite a la tipicidad basado en la cuantía.
2. Cuando se den ambos aspectos del hecho complejo, la figura a aplicar es el art. 301, que consume el desvalor del encubrimiento del art. 451.2°.
3. El autoblanqueo debería ser impune, igual que lo es el autoencubrimiento e igual que no tendría sentido castigar a alguien a la vez como autor y partícipe en el mismo hecho. Como es lógico, quien profesionalmente lleve a cabo actos de blanqueo para terceros, responderá de ello aunque a la vez blanquee también

su propio dinero negro. Ciertamente, la tendencia en el Derecho comparado es castigar también el llamado autoblanqueo, pero, si se acepta la caracterización del bien jurídico que aquí se ha formulado, ello conculca principios básicos del Derecho penal que deberían ser siempre respetados. La pena del delito base del que procede el blanqueo o en el que se invierte el dinero blanqueado capta por completo el contenido de desvalor del hecho sin que se le deba añadir una nueva pena por algo que en sí es impune como es autoencubrirse o preparar un delito propio haciendo acopio de medios económicos para cometerlo.

4. La regulación en el código de los delitos que estamos examinando es deficiente, llena de solapamientos que favorecen la lesión del principio non bis in idem, e imprecisa en las clasificaciones. Debería abordarse una reforma sobre los tres ejes mencionados, deslindando las conductas que afectan directamente a intereses patrimoniales (receptación y «encubrimiento» del art. 451.1^a), de las que atentan directamente contra la administración de justicia por impedir o dificultar la sanción del responsable de un delito; y dentro de estas últimas habría que distinguir las que afectan a este bien jurídico de manera exclusiva (encubrimiento en sentido estricto de los apartados 2º y 3º del art. 451), de las conductas complejas que comportan un doble desvalor, a la vez de encubrimiento y de promoción de delitos basada en una participación en sentido amplio (blanqueo).