

CRISIS DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES A PARTIR DE LAS REFORMAS PENALES Y DE SU INTERPRETACIÓN POR LOS TRIBUNALES

Mirentxu Corcoy Bidasolo

Catedrática Derecho Penal

Universidad de Barcelona

1. Introducción

2. Merecimiento y necesidad de pena como límites en la antijuricidad y la imputación personal

3. Relajación de los elementos de la teoría del delito y proceso

4. Bien jurídico-penal como límite *versus* estabilización de la norma

5. Organización criminal y blanqueo como ejemplos de ruptura con un Derecho penal garantista

6. Conclusiones y propuestas

1. Introducción

1.1. Ante la inflación del Derecho penal en las última décadas, que va unida a la eflación de las garantías, debemos plantearnos qué Derecho penal queremos -deber ser- y sobre todo qué Derecho penal garantista y “medio” podemos conseguir -ser-. En esta dirección hay que ser conscientes de que difícilmente se podrá limitar la legislación penal, en cuanto a número de modalidades típicas, que aumentan en una progresión nunca conocida. Dificultad de limitar que se agrava en la actualidad con el cada vez mayor número de Directivas europeas que instan expresamente a los Estados a la introducción de nuevos delitos. Por el contrario, creo que sí podemos proponer una interpretación restrictiva y una aplicación respetuosa con las garantías al mismo tiempo que se propone una mejora de la técnica legislativa y un intento de búsqueda de medidas alternativas a la prisión y, en estos momentos, también a la multa, que se ha erigido como la pena reina en los delitos socioeconómicos y que ha demostrado su fracaso preventivo. En relación con la técnica legislativa y las Directivas europeas es esencial que nuestro legislador penal no se limite a trasponerlas siendo necesario realizar un estudio del tratamiento del tema en el Código penal, y en la legislación extra penal, con la finalidad de adaptar armónica y razonadamente esa normativa.

1.2. Parece simple pero creo necesario recordar una vez más las palabras de Beccaria, la eficacia de las penas no está en su dureza sino en la seguridad de su aplicación. Es decir, el efecto disuasorio de las penas estriba, esencialmente, en su cumplimiento. Y ello no puede verse como algo contrario a las garantías sino como la necesaria eficacia del sistema judicial que a su vez posibilita su aplicación sin merma de las garantías. No es coincidencia que los países con un mejor sistema, con más medios, tengan un mayor respeto a las garantías, mientras que la ausencia de medios “facilita” que los aplicadores del Derecho penal sean “imaginativos”.

1.3. La eficacia requiere, como presupuesto, conocimiento. No se puede motivar/disuadir sin conocer la prohibición. En este sentido Paul Robinson¹, plantea como una primera cuestión para la eficacia disuasoria de la norma, su conocimiento por los destinatarios. En ese punto, el autor parte del desconocimiento al menos exacto de la norma y en especial de las penas. No obstante, no pueden acogerse sin más las conclusiones a las que llega. Al respecto hay que tomar en consideración dos elementos. El primero que el estudio realizado entre la población, en general, se llevo a efectos sobre extremos complejos y sobre los que, en EEUU, existen legislaciones diferentes en los diversos Estados: deber de ayudar a un tercero en caso de peligro, la legítima defensa mortal cuando es posible la huída o respecto de delitos contra la propiedad y el deber de denunciar delitos. En el estudio llevado a efecto con delincuentes se advirtió que sí conocían la norma aun cuando en algún porcentaje desconocieran la pena en concreto o no fueran motivados por ella. En las entrevistas realizadas a condenados se llega finalmente a la conclusión de que la razón por la que conociendo la pena cometieron el delito es porque piensan que “no les van a pillar”.

1.4. No obstante, la eficacia y la seguridad no pueden ser los únicos criterios a valorar antes de introducir un nuevo tipo o agravar uno existente. Antes de proponer cualquier forma de restricción de la libertad hay que asegurarse de que existe riesgo para terceros y que esa intervención no va a provocar un mal mayor que el que trata de evitar. En otras palabras, respeto del principio de proporcionalidad tanto en la existencia de prohibición como en la

¹ Cfr. ROBINSON, *Distributive Principles of Criminal Law: Who Should Be Punished How Much*, Oxford University Press, 2008, plantea desde la criminología y el Derecho penal los límites que deben respetarse y la forma que esos límites no reduzcan la eficacia.

medida de la pena. La idea del merecimiento de pena en cuanto que la conducta prohibida esté desvalorada, en ese contexto histórico y socio-cultural, es indispensable para que la norma tenga capacidad de motivar y disuadir².

1.5. Es necesaria también una buena técnica legislativa que reduzca las duplicidades, la casuística. La legislación penal no tiene que tratar de contemplar todos los supuestos posibles sino que, cumpliendo con la exigible taxatividad, establecer el núcleo de la prohibición, atendiendo al “valor”, “bien jurídico” o “interés social” que se pretende proteger. La interpretación es un elemento esencial del Derecho y especialmente del Derecho penal. En consecuencia es exigible al legislador que conozca el Derecho, en general, y el penal, incluida la Parte General, y que tenga capacidad de síntesis para conocer el núcleo de la prohibición en cuanto debería conocer por qué se quiere prohibir una conducta y si es necesario, atendiendo a las normas extra-penales en la materia y a las penales ya existentes. En este sentido tenemos innumerables ejemplos de tipos penales que se han introducido desconociendo la existencia de otros análogos, que en su caso podían ser modificados³.

Un ejemplo muy reciente:

Tras la huelga general en España, del 29 de marzo, en Barcelona se produjeron graves altopedados y destrozos por parte de grupos anarquistas y antisistema. Automáticamente, los Ministros de Interior y Justicia y los respectivos Consellers anunciaron la necesidad de creación de un nuevo delito de violencia callejera antisistema. Olvidando, o desconociendo, que existe un delito, previsto en el art. 577⁴, que castiga conductas de esa naturaleza cuando quienes las llevan a efecto no pertenecen a organización criminal pero pretenden “*subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, o la de contribuir a estos fines*”

² En este punto Robinson, se refiere al “merecimiento empírico” en relación con los valores imperantes en esa sociedad, admitiendo una “desviación no apreciable” cuando exista un verdadero interés social, como pueden ser la equidad, la privacidad, la limitación del poder del gobierno o la delimitación de su autoridad.

³ Vid. por ejemplo, la delincuencia organizada en relación con la asociación ilícita.

⁴ Art. 577. Los que, sin pertenecer a organización o grupo terrorista, y con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, o la de contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social político o profesional, cometieren homicidios, lesiones de las tipificadas en los [artículos 147 a 150](#), detenciones ilegales secuestros amenazas o coacciones contra las personas, o llevaren a cabo cualesquiera delitos de incendios, estragos, daños de los tipificados en los [artículos 263 a 266](#), [323](#) ó [560](#) o tenencia, fabricación, depósito, tráfico, transporte o suministro de armas, municiones o sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes, serán castigados con la pena que corresponda al hecho cometido en su mitad superior.

atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social político o profesional”.

2. Merecimiento y necesidad de pena como límites en la antijuricidad y la imputación personal

2.1. Una determinada idea de Justicia está conduciendo a desviaciones esenciales respecto del merecimiento de pena, como fundamento de la antijuricidad, y de la necesidad de pena, como límite de la imputación personal.

2.2. En relación con el merecimiento de pena, las desviaciones se producen en cuatro direcciones:

a) Por la inflación de tipos penales y muy especialmente por la multiplicación de conducta típicas en cada uno de ellos -promover, favorecer, facilitar...-.

b) Multiplicación que además plantea problemas en relación con instituciones de la parte general, que exige distinguir entre autoría y participación y entre actos preparatorios e inicio de la tentativa.

c) Principio de proporcionalidad ya que se establece la misma pena para conductas con un desvalor muy diferente, ya sea por el grado de intervención en el hecho ya sea por la concurrencia o no de violencia o intimidación...

d) La difícil, o imposible, solución concursal por la creación de tipos análogos a otros existentes así como por la introducción de agravantes que a su vez son tipos autónomos (vease organización criminal) o que ya están previstas en la Parte General en relación con todos los tipos. Concursos de leyes que plantean un problema añadido desde el momento en que la solución según se adopte el principio de especialidad o de alternatividad es opuesta.

2.3. En lo relativo a la necesidad de pena, la “necesidad” requiere una individualización en la determinación concreta de la pena. Individualización que, para ser adecuada a la necesidad de pena en el caso concreto, requeriría de un amplio margen de discrecionalidad o arbitrio del Juez. Siendo ello evidente no lo es menos el riesgo que plantea de arbitrariedad. Al referirnos a la necesidad de pena hay que tener en cuenta no solo la gravedad sino también la clase de pena. Realmente sería necesaria una mayor discrecionalidad, motivada, que alcanzara incluso la posibilidad de imponer medidas alternativas.

2.4. Ya sea por falta de medios o por el menor arbitrio, la necesidad de pena, en la práctica es una gran olvidada. La culpabilidad o imputación personal se va dejando sin contenido, de forma motivada por un sector doctrina, y a efectos prácticos por la jurisprudencia. En este sentido, por ejemplo, se restringe hasta el límite el alcance del trastorno mental transitorio y de las causas de exclusión de la culpabilidad, en concreto, del estado de necesidad exculpante o miedo insuperable, y del error de prohibición. En la misma línea cada vez se acentúa la línea puntivista y analogizante del Derecho penal de menores respecto del de adultos.

2.5. En relación con la antijuridicidad, y en concreto con la responsabilidad subjetiva, para salvar el obstáculo de la prueba ilícita o de la ausencia de prueba se va hacia una responsabilidad objetiva, con una ampliación del concepto de dolo que abarca la ignorancia deliberada. Ello no quiere decir que en determinados supuestos de ignorancia deliberada pueda afirmarse la existencia de dolo pero no es suficiente con “sospechar” que el sujeto no quiso saber sino que se requiere la prueba de, al menos, tres requisitos:

1º Debe existir en el sujeto una sospecha justificada (*warranted suspicion*) acerca de la concurrencia en su conducta de los elementos exigidos por un determinado delito. Restringiendo a la sospecha de aquellos sujetos sobre los que se tienen buenas razones objetivas para sospechar.

2º Es necesario el requisito de la disponibilidad, es decir, la información que el sujeto ha evitado debía estar a su alcance y, además, haberse podido obtener por medios fiables, rápidos y ordinarios.

3º Debe darse un componente motivacional, ya que, el ignorante deliberado ha de tener un motivo concreto para permanecer alejado de la verdad. Es decir, debe desear conscientemente reservarse una causa de exoneración de su culpa o responsabilidad para el caso de ser descubierto.

2.6. Respecto de los aspectos objetivos de la antijuridicidad material se obvia el principio de lesividad, a partir de conceptos como el peligro hipotético, presunto, estadístico o el principio

de precaución. Ello supone la interpretación formal de los tipos, antijuridicidad formal, sin exigir la constatación de una afectación *ex post* del bien jurídico o interés prevalente protegido en el tipo. Afectación que puede ser un riesgo *ex post* –supuestos de tentativa- o una lesión que, en ningún caso supone la destrucción del bien jurídico sino su afectación. Interpretación formal de los tipos que se ha llevado a la máxima expresión en los supuestos de violencia de género, a partir de la jurisprudencia constitucional. Ausencia de lesividad que se ha llevado por el legislador a su máxima expresión en los delitos contra la seguridad vial al establecer una presunción *iuris et de iure* de temeridad, en base a peligros estadísticos, sin valorar el caso concreto. En este punto la administrativización del Derecho penal adquiere el nivel más alto (hasta el momento).

2.7. La utilización fraudulenta de la dogmática ha llevado también, en el caso de la imputación objetiva, a que ésta sea utilizada para obviar la necesaria prueba de los hechos. Es decir, si haber probado cómo se habían producido los hechos se condena por delito consumado afirmando la imputación del resultado según la finalidad de protección o el incremento del riesgo. Y ello cuando no se afirma la imputación objetiva a partir de la *conditio sine qua non* o la equivalencia de las condiciones. La carga de la prueba implica que quién acusa debe aportar las pruebas necesarias para determinar cómo acontecieron los hechos juzgados –Hechos probados-. Es en un segundo momento –Fundamentos de derecho- cuando el juez debe valorar esos hechos a partir de criterios de imputación objetiva con la finalidad de restringir el alcance de la causalidad.

2.8. Como puede advertirse, todo ello supone una relajación de la carga de la prueba por lo que, aun cuando se salvan formalmente los límites garantistas, derivados del derecho de defensa, en realidad se está infringiendo el principio acusatorio. Son mecanismos, aparentemente correctos, que sirven para que la acusación no necesite aportar las pruebas que realmente serían necesarias para no infringir la presunción de inocencia.

3. Relajación de los elementos de la teoría del delito y proceso

3.1. Otras formas “anómalas de obtención de pruebas”, en aras de la “Justicia”, conducen a favorecer la inmunidad de determinados testigos o intervinientes para permitir la acusación exitosa de otros. En EEUU, en esta dirección se está aprobando una legislación que regule y

proteja a los empleados, públicos o privados, que sean cuales sean sus razones denuncien la existencia de conductas delictivas en el seno de la empresa o institución en la que trabajan. A partir del concepto de “*whistle-blowing*” (“*silbar denuncias*”) de irregularidades”, se ha desarrollado una doctrina, una jurisprudencia y una legislación dirigida a potenciar estas “delaciones”. Delaciones que van acompañadas en la mayoría de supuestos de pruebas documentales. Se trata de evitar que puedan calificarse esas prueba como ilícitas, en razón del modo en como han sido obtenidas (podrían calificarse los hechos como descubrimiento y revelación de secretos) y evitar que el empleado delator pueda sufrir consecuencias lesivas (pérdida de empleo, amenazas, discriminaciones...).

Dos ejemplos se produjeron en 2001. El primero en el caso Enron Corporation, en el que Sherron Watkins, vicepresidente de la empresa, informó de que la contabilidad de la empresa era “impropia”. El segundo, en el ámbito del FBI, Coleen Rowley, abogado del FBI durante 20 años, informó al director del FBI, Robert Mueller, por la mala investigación que en la sede del FBI se estaba llevando acerca de Zacarias Moussaoui, que posteriormente fue considerado conspirador del 11 S. En ambos casos, Watkins y Rowley, fueron nominados como “Personajes de año” por el *Times* en 2002.

3.2. No puede olvidarse en este contexto los problemas que para una correcta administración de la justicia penal se derivan del propio sistema y de la ausencia de medios. En España ello se agrava por un sistema judicial que se debate entre el sistema acusatorio y el inquisitorio. Siendo el Juez de Instrucción el competente para abrir diligencias, imputar y ordenar la apertura del juicio oral, lo cierto es que sin acusación del Fiscal, incluso interviniendo la acusación particular, es muy difícil que determinados asuntos prosperen por la vinculación política del Fiscal General unido al sistema jerárquico de funcionamiento de la Fiscalía. Y ello sin olvidar la reciente jurisprudencia del TS (caso Botín) que afirma no cabe seguir un proceso únicamente con la acusación popular. Los hechos graves, especialmente en materia socioeconómica, o son perpetrados por personas con gran influencia en la clase gobernante o los políticos están directamente implicados. Si a ello le unimos los pocos medios con los que cuenta el sistema judicial, especialmente si se pone en relación con el poder de ciertas estructuras económicas, nos encontramos que los procesos que siguen adelante en materia socioeconómica, de salud pública o medioambiental son delitos bagatela, al menos en comparación con aquellos en los que finalmente se llega a una condena. O, en otros

supuestos, se llega a la absolución, en muchas ocasiones por prescripción derivada de dilaciones provocadas por los imputados o derivados de intervenciones políticas o de la falta de medios.

4. Bien jurídico-penal como límite *versus* estabilización de la norma

4.1. Desde el funcionalismo se han realizado críticas radicales a la función que pueda llevar a efecto el bien jurídico en la limitación de la intervención penal por la creación de nuevos delitos o/y en la restricción del alcance de los tipos a través de su interpretación teleológica, afirmando su ineficacia pasada y actual⁵. Afirman, desde estos posicionamientos, que el bien jurídico no tiene utilidad para contrarrestar la fuerza de grupos sociales organizados que consiguen criminalizar lo que ellos consideran correcto sin que ello sirva para proteger elementos esenciales de la vida social. La referencia en este punto al medio ambiente, el orden público o la discriminación como supuestos que no deberían criminalizarse y que se ha llevado a efecto en virtud de la aparente concurrencia de un bien jurídico, parte de que no deben protegerse sin decirnos por qué. No obstante, la mayor crítica a estas posturas es la solución que proponen de la función del Derecho penal como estabilizador de la norma. Si la función restrictiva del bien jurídico puede ser discutida la función de estabilización de la norma no es necesario crear ni comentarla. Simplificando, según esta doctrina la norma una vez creada debe respetarse y quien la infringe debe ser castigado. ¿Quién y por qué critica determinadas normas? ¿Cuál es el criterio para negar su validez? ¿No ser un elemento esencial para la vida social? ¿El concepto “elemento esencial para la vida social” no es una forma de describir el bien jurídico-penal?.

4.2. Creo, por el contrario, que el bien jurídico-penal tiene en la actualidad una mayor importancia, precisamente por la proliferación de tipos en los que ni la doctrina ni la jurisprudencia se ponen de acuerdo en cuál es el bien jurídico protegido⁶. Ello se advierte en los delitos socioeconómicos, a los que me refería, o en una serie de nuevos delitos de carácter

⁵ APPEL, “Rechtsgüterschutz durch Strafrecht”, *KritV* 99, p. 297 ss; FEIJOO SÁNCHEZ, “Funcionalismo y teoría del delito”, en *Constitución y Principios del Derecho Penal: Algunas bases constitucionales* (Mir Puig/Queralt Jiménez Dir.), Valencia 2010, p. 161 ss.

⁶ Cfr. HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS, *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden 2003, *passim*; ROXIN, “Dependencia o independencia del Derecho penal con respecto a la filosofía, la moral y la religión”, ADPCP 2006, Madrid 2008.

moralista o etizante o en otros a los que me referiré con una función procesal de facilitar investigación y/o la condena de determinados sujetos.

4.3. Otro sector de la doctrina que podríamos denominar constitucionalistas, basan toda la creación e interpretación del Derecho penal en la Constitución, incluidos algunos de los que se adscriben a teorías funcionalistas. No obstante, la referencia a la Constitución, como panacea⁷, es otra forma de delimitar qué elementos son esenciales para la vida social, es decir, que valores son imperantes en una determinada social y deben protegerse, es decir, que bienes jurídicos deben de ser protegidos penalmente. Cuestión distinta es que en ocasiones el problema, como sucede en la STC 235/2007, no es tanto la existencia o no de un bien jurídico merecedor de protección penal sino de un adelantamiento inaceptable de los límites de protección o/y una técnica legislativa casuística que, en aras de una pretendida y mal entendida taxatividad, introduce una serie de conductas típicas repetitivas o inaceptables por su inconcreción (facilitar, promover... y finalmente “o de cualquier otro modo”).

4.4. Con ello no se quiere afirmar que el bien jurídico-penal es la solución a los actuales problemas del Derecho penal. Creo que hay que volver o retomar o seguir las posturas integradores en la línea de Mir Puig de establecer una serie de límites que restrinjan la intervención penal. Límites como los de subsidiariedad, *ultima ratio* y fragmentariedad que son más necesarios que nunca. Y ello porque muchas veces la pregunta no es tanto si se debe castigar una determinada conducta, en atención a lo que se pretende evitar, sino cómo se debe castigar, es decir, preguntarse qué conductas, de entre todas las posibles, son realmente lesivas y limitar la intervención penal en ese sentido.

4.5. Limitación que debe ser mayor cuando la conducta también está prevista en otra área del ordenamiento jurídico. Y ello porque en ese caso no se producen lagunas de punibilidad y porque debe respetarse el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal de forma que sólo las conductas más graves tenga la naturaleza de delito. En esos ámbitos es especialmente relevante tomar en consideración los **principios de eficacia y eficiencia**. La utilidad debe ser

⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, “Funcionalismo y teoría del delito” (cit), p. 227, señala como la STC 235/2007, declaró inconstitucional el art. 607.2 CP, que castigaba la negación del holocausto, sin recurrir a la inexistencia de bien jurídico, aun cuando finalmente considera que tampoco la Constitución puede solucionar el problema apelando para ello a la política criminal que debe de valorar “cuándo una conducta es tan negativa para la pervivencia social que debe ser castigada”.

otra de las claves en la decisión sobre la criminalización de una conducta. No obstante, en ese punto la eficacia o ineficacia no puede valorarse analizando lo que ha sucedido hasta ese momento sin antes estudiar cuáles son las razones de esa ineficacia.

5. Organización criminal y blanqueo como ejemplos de ruptura con un Derecho penal garantista

5.1. Organización criminal y Teoría del delito

El Derecho penal al utilizar la “organización”, estructura ontológica, como base para la construcción de tipos y categorías, debería definirla, describirla y resaltar sus elementos, sin variar su estructura esencial⁸. Ello no sucede en la normativa que se ha ido desarrollando al respecto. Los elementos rectores de las Directivas europeas⁹ e internacionales¹⁰, se han ido introduciendo en los ordenamientos nacionales sin que exista esa previa puesta en común del concepto de organización. En los diversos estados la regulación se ha desarrollado en tres vías: a) previsión de agravantes específicas de “organización criminal” en diversos delitos (tráfico de drogas, trata de personas, blanqueo de capitales, terrorismo, medio ambiente...); b) la creación de delitos de pertenencia a organización o asociación (Organisationsdelikte/realti associativi); c) estableciendo consecuencias jurídicas generales, que pueden o deben aplicarse en delitos cometidos a través de organizaciones criminales.

Como es lógico la inexistencia de una definición unívoca, desde el punto de vista normativo, existiendo múltiples concepciones de lo que puede calificarse como organización, conlleva dificultades en la aplicación de esta normativa y sobre todo inseguridad jurídica e ineficacia. Es cierto que desde instancias internacionales y, en concreto, desde Europa, existen tentativas

⁸ WELZEL, *El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Una Introducción a la Doctrina de la Acción Finalista. Prólogo a la Cuarta Edición* (Trad. Cerezo Mir), 4ª ed. Ed. Ariel, Madrid 1964, p. 13 y 14: “De ello se deduce, para la metodología, que la Ciencia del Derecho Penal tiene que partir siempre, sin duda, del tipo [...] pero tiene que trascender luego el tipo y descender a la esfera ontológica, previamente dada, para comprender el contenido de las definiciones y para [...] comprender también las valoraciones jurídicas”

⁹ Decisión Marco 2005/212 JAI del Consejo, relativa al decomiso; Recomendación Rec 11 de 2001, del Comité de Ministros sobre *Principios Directrices en la Lucha contra el Crimen Organizado; Acción Común (CE) relativa a la Tipificación Penal de la Participación en una Organización Delictiva en los Estados Miembros de la Unión Europea* (21 de Diciembre de 1998).

¹⁰ Desde finales de los ochenta, cuatro *Convenciones de Naciones Unidas* han tratado este tema: lucha contra las drogas (1988), terrorismo (2000), crimen organizado transnacional (2000) y corrupción (2003).

desde hace años de elaborar un tipo común europeo relativo a la participación en organización criminal¹¹. No obstante, hoy día todavía no se ha conseguido y, por lo demás, con los preceptos que se han ido introduciendo, es difícil diferenciarlo respecto de lo que debería calificarse como mera codeincuencia, así como delimitar organización criminal de personas jurídicas o instituciones en las que se comenten crímenes, incluso frecuentemente. No obstante, la jurisprudencia afirma que no se produce esta confusión, fundamentando la existencia de organización en la existencia de “*una infraestructura perfectamente capaz y eficaz para la programación del envío que se detalla; de la existencia de los continuados contactos telefónicos entre los acusados; de la dotación de instrumentos (teléfonos móviles), exclusivamente para tal operación; datos sobre la realización de similares operaciones efectuadas con anterioridad*”¹². Elementos, todos ellos, perfectamente compatibles con la codeincuencia, incluida la comisión anterior de delitos análogos, o mejor presunción de que se han cometido.

En España, la creación de los delitos de organización y grupo criminal, plantea un primer problema, por el hecho de que, tradicionalmente, estaban previstos los **delitos de asociación ilícita** (arts. 515 a 521), que solo se han suprimido en parte¹³, y con los que ahora, por consiguiente, se suscita un concurso de leyes de difícil solución. La razón que subyace a la inaplicación de los delitos de asociación ilícita se encuentra en su origen, ya que fueron creados con la finalidad de perseguir la disidencia social y política para poder perseguir los grupos hostiles al gobierno. La finalidad original de estos delitos no los deslegitima per se, como tampoco los posibles déficit de redacción típica que podrían subsanarse. Las críticas

¹¹ En este sentido, ya la *Action commune relative a l'incrimination de la participation à une organisation criminelle, dans les Etats membre de l'union européenne*, de 21 de diciembre de 1998, propone que se sancionen, además de la conspiración (apartado b), la pertenencia:

“a) el comportamiento de toda persona que, de manera intencional y teniendo conocimiento, ya del fin y de la actividad criminal general de la organización, ya de la intención de la organización de cometer las infracciones en cuestión, participa activamente:

- en las actividades criminales de la organización (...) aunque esa persona no participe en la ejecución propiamente dicha de las infracciones en cuestión y a reserva de los principios generales del Derecho penal del Estado miembro de que se trate, aunque la ejecución de las infracciones en cuestión no se lleve a cabo.

- en otras actividades de la organización teniendo además conocimiento de que su participación contribuirá a la realización de las actividades criminales de la organización....”

Posteriormente se han ido produciendo otras propuestas, vid. MILITELLO, “Participation in a Criminal Organisation as a Model of European Criminal Offence”, en MILITELLO/HUBER Eds., *Towards a European Criminal Law Against Organised Crime*, Freiburg 2001, p. 15 ss.

¹² STS 1084/2011, de 15 de febrero

acerca de que son Parte General, por no poder diferenciarse de los actos preparatorios, son igualmente válidas para los actuales preceptos de delincuencia organizada y grupo organizado¹⁴. Tampoco las críticas respecto de la menor penalidad en relación con las organizaciones terroristas justifican la creación de esos nuevos delitos sin suprimir los existentes. Por otra parte, lo cierto es que en los últimos años se había aplicado, exigiendo que “el fin de la asociación -en el caso del art. 515.1 inciso primero - ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar”. Su aplicación aunque limitada, se había ido asentando respecto de: a) delitos contra el patrimonio¹⁵, incluso de supuestos de hurtos “carteristas”¹⁶; b) en relación con bandas juveniles¹⁷; c) con sectas en las que se producía violencia física o psíquica contra los miembros de la asociación¹⁸; d) organizaciones de carácter paramilitar¹⁹, con contenido discriminatorio y fascista²⁰.

¹³ En el apartado XXVIII del Preámbulo a la LO 5/2010, se justifica la creación de los delitos de organización en la nula aplicación de los delitos de asociación ilícita y sólo se suprimen el apartado 2 del art. 515 y el art. 516, manteniéndose los demás.

¹⁴ Cfr. SUÁREZ GONZÁLEZ, “Organización delictiva, comisión concertada u organizada”, en *LH al profesor Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Ed. Civitad, Madrid 2005, p. 1778.

¹⁵ Entre otras, SSTS 740/2010, 6 de julio; 745/2008, 25 de noviembre; 415/2005, 23 de marzo; 234/2001, 3 de mayo.

¹⁶ STS 1075/2006, 23 de octubre, anula la condena de la Audiencia Provincial de Mallorca 1ª 42026/2006, que había condenado por asociación ilícita a mujeres que distraían a los turistas con la venta de claveles para hurtarles, por aplicación del principio de proporcionalidad y en atención al buen jurídico protegido en el delito de asociación ilícita, orden público como ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas.

¹⁷ SAP Madrid, 142/2008, 3 de noviembre, caso “*Latin Kings*”, organización jerarquizada y estable de un grupo de personas que deciden reunirse el 15 de septiembre de 2005 con el objeto de vengarse de otra banda callejera por la agresión de uno de sus miembros, y si bien la reunión fue disuelta por la policía, un grupo de los integrantes decide llevar a cabo el plan, que termina con un sujeto muerto y otro herido de gravedad. Ambos pertenecían aparentemente a la banda rival “los Ñetas”.

¹⁸ STS 765/2009, 9 de julio, condena en un caso de empleo de violencia física sobre los miembros ya integrados en una asociación y sobre los aspirantes a ella, acreditada la práctica de castigos físicos como medio de sometimiento de las personas ya integradas, por faltas cometidas o como prueba para los aspirantes.

¹⁹ SAP Barcelona 892/2009, 7 de octubre, condena a tres sujetos pertenecientes a la asociación “Círculo de Estudios Indoeuropeos (CEI)” que lideran una organización dedicada a la difusión de material con ideas racistas (específicamente antisemitas) y parcialmente estructurado, en unas de sus divisiones (círculo interior, o sección especial, llamada “Hermandad de Armas de Caballeros del Imperio como Comunidad Sagrada”), con carácter paramilitar, considera que: “*La Real Academia Española de la Lengua define el término paramilitar como adjetivo de una organización civil con estructura o disciplina de tipo militar. La doctrina mayoritaria entiende que si por asociaciones paramilitares entendemos las que adoptan formas semejantes a las propias del ejército regular (uniformes, emblemas, etc.) se está penalizando un mero ilícito de policía, y que si restringimos el alcance del término paramilitar para calificar de paramilitares sólo las organizaciones que además de adoptar formas militares, tienen como objetivo la sustitución del ejército o la asunción de parte de sus funciones para combatir otras formas de violencia, estaríamos ante un hecho subsumible en los apartados 1 o 2 de este mismo artículo 515 del Código Penal algún sector doctrinal entiende que las organizaciones de carácter paramilitar son aquellas que adoptan estructuras organizativas, hábitos, medios y signos externos propios de las organizaciones militares, atentando contra el monopolio del Estado en el ejercicio de la violencia. Pero esta referencia al ejercicio de la violencia parece dar a entender que deben ser organizaciones que adopten las*

Una situación diferente pero no por ellos en algunos casos conflictiva, es la diferenciación respecto de los **delitos de terrorismo**, en lo que está previsto el delito de colaboración con banda armada, lo que no supone algo diverso a la pertenencia a una organización terrorista. En una primera aproximación la distinción vendría dada por la especialidad que representan los delitos de terrorismo en cuanto, en principio, no tienen como finalidad, la menos esencial, la obtención de un lucro económico sino la desestabilización del orden político, del Estado. No obstante, en la práctica las organizaciones terroristas están vinculadas con delincuencia organizada relacionada con el tráfico de armas, el tráfico de drogas, el blanqueo de capitales... Aun cuando ello sean “daños colaterales”, lo cierto es que en su financiación y en la consecución de sus fines están involucrados con la delincuencia organizada, en sentido estricto. Por otra parte, no siempre es evidente cuándo una determinada organización pueda calificarse como terrorista, los son las FRAC?.

No obstante, desde mi punto de vista, la reiteración que se suscita respecto de los delitos de asociación ilícita y los problemas de delimitación con los delitos de terrorismo, no representan el problema más grave. Este viene dado por la dificultad que, en atención a la redacción típica, se plantea en cuanto se pretenda **diferenciar los delitos de organización y grupo criminal de la la coautoría y participación, por un lado, y de los actos preparatorios y la consumación, por otro**. A ello hay que sumar, los dificultades concretas de respeto del principio de *non bis in idem*, en todos aquellos delitos en los que está prevista la agravante de pertenencia a organización. Es cierto que en el art. 572 quáter está prevista una cláusula concursal que prescribe el concurso de normas, con referencia al principio de alternatividad.

formas semejantes a las militares y que tengan por finalidad ejercer cualquier tipo de violencia, pero entonces también cabría su subsunción en los apartados 1 o 2 de este mismo artículo 515”.

²⁰ SAP Madrid, 259/2010, 30 de junio, caso “*Blood and Honour*”, la actividad desarrollada por la asociación consistía en “*toda una sistemática y planificada actividad, al amparo o cobijo de una forma asociativa y bajo una apariencia de un discurso artístico e intelectual antiglobalización, con la que se pretende glorificar a los verdugos y justificar sus hechos, defendiendo activamente la superioridad de la raza blanca, que sustituiría a la raza aria, frente a las otras razas que simplemente por ello son inferiores y deben ser despreciadas e incluso objeto de violencia física para su expulsión del territorio europeo, de tal suerte que al enemigo sionista, que se mantiene como herencia del pensamiento nacionalsocialista, se le suma el trabajador inmigrante causa de todos los males y que debe ser exterminado hasta la aniquilación*”.

Los preceptos del Capítulo VII del Título XXII, artículos 570 bis, ter y quáter, cuyos antecedentes en la legislación española, como veíamos, son los delitos de asociación ilícita, que incluye las organizaciones paramilitares (art. 515.4) y los delitos de terrorismo (arts. 571 y ss.), han sido introducidos por la LO 5/2010, justificándolo en la ineficacia práctica de la regulación anterior del delito de asociación ilícita para hacer frente a la configuración actual de la criminalidad organizada, incorporándolos, sistemáticamente, dentro de los delitos contra el orden público, que, según el Preámbulo de la referida ley, consiste en el núcleo esencial de preservación de los principios de seguridad, legalidad y de los derechos y libertades de los ciudadanos. El art. 570 bis tipifica el nuevo delito de “**organización criminal**” (cuya consagración entraña el peligro de dejar sin ámbito de aplicación práctica al delito de asociación ilícita, que se mantiene, aunque con modificaciones sustanciales, vigente). El art. 570 ter consagra un nuevo delito de “**grupo criminal**” que, al diferenciarlo de la “organización criminal” nos conduce directamente a conductas que materialmente son de participación o conspiración. El art. 570 quáter regula aspectos asociados a la penalidad de los delitos anteriores.

Estos nuevos preceptos, al estar comprendidos entre los delitos contra el orden público, al igual que los delitos de asociación ilícita y terrorismo, respecto del bien jurídico protegido se han elaborado diversas propuestas: a) estabilidad social como base de la democracia; b) tranquilidad social; c) normalidad ciudadana. En el Preámbulo de la LO 5/2010 se especifica como bien jurídico: la seguridad jurídica, la vigencia del principio de legalidad, los derechos y libertades de los ciudadanos. Siendo este último, en concreto, el bien jurídico que la jurisprudencia entendía se protegía en los delitos de asociación ilícita. Pese a ello, en el referido Preámbulo, para diferenciar los nuevos delitos respecto de los de asociación ilícita y terrorismo se afirma que: a) en los delitos de asociación ilícita se protege el derecho de asociación; b) en los delitos de terrorismo se atenta contra el orden constitucional y la paz pública; c) en los delitos de delincuencia organizada y grupo criminal se atenta contra el orden público.

Paralelamente, se agravan las consecuencias jurídicas, modificando los criterios de determinación de la pena y de ejecución. Se limita, por ejemplo, la concesión de libertad condicional en los supuestos de pertenencia a organización (arts. 36, 78, 90 y 91) o se prevé el comiso de todos los bienes (art. 127) o la inhabilitación de actividades incluso lícitas (art.

129) y, en otros delitos, está previsto que se pueda imponer una pena agravada y/o consecuencias accesorias en los mismos casos. Así mismo se califica como “organización” los acuerdos para delinquir no estables, en el delito de grupo organizado, y está previsto, expresamente, el carácter transitorio de la “organización” en otros delitos como los de manipulaciones genéticas (art. 162), trata de seres humanos (art. 177 bis), abusos y agresiones a menores (art. 183.4), prostitución y corrupción de menores (arts. 187.4 y 188.4), contra la intimidad (art. 197.8), alteración de precios en concursos y subastas públicas (art. 262), sabotaje informático (art. 264), contra la propiedad intelectual (art. 271.c), contra la propiedad industrial (art. 276.c), delitos contra el mercado y los consumidores (art. 285.2.1º) de receptación y blanqueo (art. 302.1), contra los derechos de los trabajadores (art. 315.3), inmigración ilegal o clandestina (art. 318 bis.4), tenencia de explosivos u otros materiales peligrosos (art. 348), tráfico de drogas (arts. 369 bis y 370), falsificación de moneda y efectos timbrados (art. 386), falsificación de tarjetas de crédito y cheques de viaje (art. 399 bis).

La terminología utilizada en el Código Penal en las descripciones típicas es muy “variada”: a) Junto al concepto de organización encontramos los de: banda armada, asociación, persona jurídica, sociedad o empresa; b) En relación con los intervinientes, el CP se refiere a: “fundadores”, “jefes”, “administradores”, “encargados”, “directores”, “directivos”, “empleados”, “colaboradores” o “promotores”; c) Conductas típicas: “pertenecer”, “integrar”, “formar parte”, “colaborar”, “favorecer”, “promover”, “constituir”, “organizar”, “coordinar”, “dirigir”, “participar activamente” o “cooperar”; d) La relación de la organización criminal con los delitos puede ser: “en el seno”, “en el marco” o “a través”. “Variedad” que en nada facilita la interpretación ni la seguridad jurídica.

5.2. Blanqueo de capitales. El autoblanqueo como ejemplo de infracción de garantías (*non bis in idem*). La tipificación como blanqueo de conductas de agotamiento de otros delitos. Los indicios como prueba del dolo. La ausencia de criterios de imputación objetiva.

El blanqueo consiste, tradicionalmente, en introducir en el sistema financiero cualesquiera bienes que tengan su origen en un hecho delictivo, con la finalidad de legitimar esos bienes: reconversión de bien de origen delictivo. Tras la LO 5/2010 se introduce la mera tenencia o uso de esos bienes lo que, al ampliarse también el ámbito de sujetos activos, hace que el

delito tenga un ámbito de aplicación desmedido, y cuestionable desde consideraciones dogmáticas y político-criminales²¹. Con esta reforma se modifica incluso la rúbrica del Cap, en la que se alude expresamente al blanqueo frente a las “otras conductas afines” a que se hacía alusión anteriormente. De este modo se pretende manifestar la autonomía que este delito va teniendo en nuestra práctica forense y, en general, en el modelo político-criminal actual.

No hay acuerdo doctrinal sobre el bien jurídico, pero la doctrina mayoritaria entiende que es un delito socioeconómico (a partir de su ubicación sistemática) que afecta a la fase de integración de los bienes de origen delictivo en el sistema económico legal. La finalidad de este delito es impedir la conversión o transformación de bienes cuya generación se produce extramuros de la legalidad, por lo que hay que dificultar el agotamiento de los delitos que

²¹ **Artículo 301.** 1. El que adquiera, posea, utilice, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 de este Código. En estos supuestos se aplicarán las disposiciones contenidas en el artículo 374 de este Código.

También se impondrá en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos comprendidos en los Capítulos V, VI, VII, VIII, IX y V del Título XIX o en alguno de los delitos del Capítulo I del Título XVI.

2. Con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos.

3. Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo.

4. El culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero.

5. Si el culpable hubiera obtenido ganancias, serán decomisadas conforme a las reglas del artículo 127 de este Código.

suponen la obtención de un beneficio económico extraordinario por no tener que soportar los costes que se exigen a las ganancias lícitas (STS 16/09, 27-1)

Fases en el proceso de blanqueo expuestas por el Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el blanqueo (GAFI o FATF): a) Ocultación o desaparición del dinero metálico. Las vías tradicionales utilizan instituciones financieras tradicionales (sistema bancario), otras instituciones “sensibles” (intermediarios financieros, intermediarios de metales preciosos, obras de arte, utilización de casas de juego), inversión directa en bienes de lujo por precios diferenciales o en negocios con elevado volumen de activo negocial, empleo de paraísos fiscales, situar dinero fuera del país mediante contrabando, compraventa de premios y loterías en metálico a precio superior al del importe principal, cesiones de créditos a sociedades...; b) Control o superposición de transacciones (también denominada fase de estratificación o ensombrecimiento) que pretenden alejar el dinero de su origen. Se busca la realización de múltiples transacciones, con el objeto de separar cada vez más la última inversión de su origen ilícito y con la intención “romper el rastro con el origen”. Son conductas de ocultación en sentido estricto. Las más corrientes son: instrumentalización de bolsa, banca (cuentas de corresponsalía) e intermediación financiera; sobrefacturación en las exportaciones; compensaciones financieras por transferencias electrónicas; compensación mediante cheques...; c) Integración o blanqueo propiamente dicho (“lavado”): el dinero controlado se pretende revertir al mercado, normalmente para adquisición de inmuebles o en la apertura de establecimientos dedicados aparentemente a realizar operaciones y actividades comerciales de apariencia lícita. Otra herramienta es la utilización de las “front companies”: se trata de verdaderas empresas comerciales, industriales o de servicios, con potencial productivo pero ahogadas financieramente que buscan capital externo.

Objeto material son los *bienes que tienen su origen “en una actividad delictiva”*. La LO 5/2010 cambia la expresión “delito” por la indicada, pero no hay que prever que la modificación tenga más trascendencia que la nominalista. Con la alusión genérica a los *bienes* tienen cabida los casos de “receptación del blanqueo” en el que las conductas recaen sobre bienes previamente blanqueados (supuestos de estratificación en casos de superposiciones de transacciones para intentar borrar el rastro del origen). En la medida en que el blanqueo es un delito autónomo e independiente, la jur.may. acepta que no es necesaria la condena por el delito origen de los bienes (SSTS 986/06, 19-6; 29-9-01; 19-1-00), ni tan siquiera la

identificación del acto delictivo concreto del que se derivan esos bienes (SSTS 10-2-03; 10-1-00). La prueba del delito antecedente se puede practicar en el proceso por blanqueo, incluso por prueba indicaria (STS 155/09). La prescripción del delito origen de los bienes no afecta al delito de blanqueo (STS 10-2-03). En el fondo, la jur.may. acepta que estamos ante un elemento del tipo en el que basta con una interpretación valorativa que permita concluir al Tribunal que los bienes proceden de hechos susceptibles de ser calificados como delito.

Si los bienes provienen de algún delito de tráfico de drogas o de precursores se agrava la pena (prisión de tres años y tres meses a seis años, y multa de doble al triple), y se aplica el régimen especial del comiso del art. 374. La misma pena de prisión y de multa (no el régimen especial del comiso) se aplica en los casos de blanqueo referidos a una considerable cantidad de delitos contra la Administración pública delitos de cohecho, tráfico de influencias, malversación, fraude y exacciones ilícitas, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios, corrupción en transacciones comerciales internacionales y contra la ordenación del territorio.

Autoblanqueo. En la concreción del **sujeto activo idóneo**, existen dos modelos político-criminales diferenciados: a) aceptar que la responsabilidad por el blanqueo requiere, de modo similar a lo que sucede para la receptación, que no se tenga responsabilidad por el delito previo; b) aceptar la posible concurrencia por el hecho previo, y el castigo conjunto por ambos delitos. Hasta LO 5/2010 esta cuestión se resolvía por vía interpretativa ante el silencio del legislador (SSTS 19-6-06; 233/05, 24-2; 19-12-03; Acuerdo TS 18-7-06). Con esta reforma claramente se ha acogido la segunda posibilidad indicada, lo que ya venía haciendo la jurisprudencia pero no de forma unánime (SSTS 19-6-06 y 233/05, 24-2). A pesar de la reforma se suscitarán dudas sobre la legitimidad (y eventual inconstitucionalidad) del modelo adoptado desde: a) prohibición de *bis in idem*; c) el blanqueo es acto posterior copenado para el responsable del delito originario; d) se está castigando el agotamiento delictivo (no tendría legitimidad el castigo en meros casos de disfrute o transformación de los bienes de un delito en bienes de consumo); e) estamos ante supuestos de autoencubrimiento en los que no se puede exigir otro comportamiento.

Si bien la formulación típica de la autoría permite sostener que estamos ante delitos comunes, un sector doctrinal entiende que, principalmente en los delitos imprudentes, se opere como si

se tratara de un delito especial (STS 16/09). Sólo si se incumplen las obligaciones extrapenales y los deberes de conducta expresamente indicados a los destinatarios de la legislación extrapenal se podría responder por imprudencia. Para jur. may. no tiene sentido la diferenciación, estando ante delitos comunes en todo caso (STS 960/08).

Conductas típicas. Hasta la LO 5/2010 todas las conductas típicas en el marco del blanqueo, **adquirir, poseer, utilizar, convertir o transmitir bienes, “o cualquier otro acto”** para ocultar o encubrir o ayudar a eludir las consecuencias de sus actos, tenían en común que tendían a disimular el origen ilícito de los bienes, dándoles apariencia de licitud. Se trataba de distintas conductas, no tasadas (“o cualquier otro acto”) de blanqueo en sentido estricto. Esto es, conductas de control o superposición de transacciones, o de integración o blanqueo propiamente dicho en la terminología del GAFI.

Tras LO 5/2010 se añaden las conductas de “**poseer y utilizar**”, con lo que se quiebra el modelo, ampliándose a conductas de mera detentación de bienes que provengan de un delito. **Como el ámbito de sujetos activos también se amplía expresamente, normalmente cualquier conducta de agotamiento de un delito con efectos económicos se podría calificar como blanqueo (autor de una estafa que posee los bienes objetos de la estafa, por ejemplo)** lo que parece desmedido y tiene que hacer reflexionar a los tribunales de la necesidad de efectuar restricciones típicas tomando como base criterios de proporcionalidad, lesividad material y fundamentalmente del contenido material de la prohibición constitucional de “*bis in idem*”.

La creciente aplicación del delito, y la generalizada incriminación de quien ha aportado un elemento que se ha aprovechado en la comisión del blanqueo (STS 30-3-07: el cliente que no va a blanquear capitales no necesita de complejas estructuras societarias; luego, el abogado que las creó o asesoró sobre medios fiscales conocía la finalidad de blanqueo), hace que la doctrina reclame la **aplicación de criterios de imputación objetiva** tratando de dar encaje a las estructuras de las **acciones neutras o cotidianas, adecuación social, principio de confianza y similares**. Pero fundamentalmente se reclama una particular atención a los casos de creación del riesgo típico.

El **tipo subjetivo** puede ser doloso (301.1) o imprudente, en su modalidad de imprudencia grave (303.3). El dolo requiere el conocimiento de la procedencia delictiva de los bienes y ánimo de auxilio al sujeto del delito principal tanto para la obtención del ilícito beneficio como para la elusión de la acción de la Justicia. Basta con la conciencia de la anormalidad de la operación a realizar y la razonable inferencia de que procede de un delito grave (STS 10-01-00). **El TS ha aceptado expresamente la aplicación de la “ignorancia deliberada” (*willful blindness*)** de tal modo que basta con la conciencia de la **anormalidad de la operación** a realizar y la razonable inferencia de que procede de un delito (SSTS 28/2010, 28-1; 1372/09, 28-12; 16/09, 27-1; 126/07, 5-2) porque hay un deber de conocer que impide cerrar los ojos ante operaciones sospechosas.

Son indicios aceptados jurisprudencialmente como reveladores del dolo típico (SSTS 28/10; 1372/09; 1354/09; 1345/09; 1257/09 737/09; 618/09 545/09; 206/09; 155/09; 16/09; 893/08): incremento inusual del patrimonio; manejo de dinero en efectivo que por su cantidad y dinámica de las transmisiones pongan de relieve operaciones extrañas a la ordinaria práctica comercial; inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento o las transmisiones; constatación de algún vínculo o conexión con actividades de tráfico o con personas o grupos relacionados con las mismas (debiendo relativizarse este último indicio); la sujeción a procedimientos judiciales por actividades delictivas; manejo elevado de dinero en metálico que evidencie operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias; la ausencia de negocios lícitos que justifiquen las operaciones o incrementos patrimoniales, la utilización de paraísos fiscales (RD 1080/1991)...

Repárese que nuestros Tribunales utilizan prácticamente los mismos elementos indicarios para extraer dos conclusiones diferenciadas, una en el plano de la tipicidad objetiva y la otra en el plano de la tipicidad subjetiva: de **similares indicios concluyen que se puede dar por acreditado el origen criminal, y a la vez que se actúa dolosamente**. Sobre la diferencia entre los indicios “y las meras conjeturas” en el ámbito del blanqueo STS 928/06, 5-10. En general sobre las cautelas a adoptar con los indicios en este delito SSTS 1133/06, 21-11; 986/06, 19-06.

Se castiga también el **blanqueo por imprudencia grave** (art. 301.3), que comporta la negligencia inexcusable referida a la procedencia y al uso que se le da a los bienes, porque el sujeto activo debía conocer fácilmente esta situación (SSTS 1034/05, 15-9: sobre los problemas estructurales del blanqueo por imprudencia; 1025/09; 960/08). La legislación penal tiene que completarse, fundamentalmente para la determinación de los deberes de cuidado, con la legislación extrapenal: L 10/2010 de prevención del blanqueo de capitales. Esta legislación impone ciertas obligaciones administrativas a sujetos “sensibles”, en determinadas conductas sospechosas. El incumplimiento de estas obligaciones (diligencia debida, información, control, secreto) puede ser un elemento para fundamentar la responsabilidad, al menos por imprudencia, y en algunos casos incluso por imprudencia grave.

Cada vez en mayor medida se van concretando los deberes de cuidado a partir del conocimiento y difusión de operaciones sospechosas de ser utilizadas para el blanqueo. Una operación sospechosa tiene validez indiciaria, pero si se demuestra la finalidad económica real a la que obedece pierde tal carácter de sospecha. Diversas organizaciones e instituciones internacionales (GAFI/FATF, Comité de Basilea, Grupo Wolfsberg...) van elaborando y publicando documentos en los que se concretan operaciones sospechosas: informes de tipologías de blanqueo, Guías para la prevención del riesgo de blanqueo... Estos documentos tienen una validez indicaria para identificar operaciones sospechosas.

En normativa sectorial también se concretan deberes de actuación y se identifican operaciones sospechosas: IDGRN 10-12-99, sobre obligaciones de los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles en materia de prevención del blanqueo de capitales. se consideran operaciones susceptibles de estar particularmente vinculadas con el blanqueo de capitales, cuando consten al Notario o Registrador en el ejercicio de su función, las siguientes: 1) Constitución de tres o más sociedades en el mismo día o más de tres sociedades en el período de un mes, cuando al menos uno de los socios de aquéllas sea la misma persona física o jurídica, y concurren alguna de las siguientes circunstancias: Que no sean residentes en España alguno de los socios o administradores; que se trate de socios o administradores no conocidos y residentes en plaza distinta, o concurren otros factores que hagan llamativa la operación; 2) Constitución de sociedades con capital en efectivo en el que figuren como socios menores de edad, incapacitados o fiduciarios. Se exceptúan en el primer caso, las sociedades de carácter familiar; 3) Nombramiento de administradores en los que se aprecie

que no concurre aparentemente la idoneidad y profesionalidad necesaria para el desempeño del cargo (empleadas o empleados sin cualificación específica, desempleados o personas sin ingresos, inmigrantes recién llegados, personas sin domicilio conocido o con domicilio de mera correspondencia, o en que concurra alguna circunstancia que las haga no idóneas); 4) Nombramiento del mismo administrador único o solidario con carácter simultáneo en tres o más sociedades; 5) Nombramiento de administrador único o administrador solidario a personas residentes o domiciliadas en paraísos fiscales. 6) Desembolsos de capital en efectivo por importe superior a 300.506 € cuando tal cantidad supere el 25% del capital inicial; 7) Desembolsos en constitución de sociedades y ampliaciones del mismo superiores a 30.050 € llevadas a cabo por personas físicas o jurídicas residentes o domiciliadas en paraísos fiscales; 8) La venta de las acciones o participaciones a personas sin ninguna relación razonable con los anteriores accionistas dentro del período de los diez días hábiles siguientes a la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil; 9) Apoderamientos de residentes en favor de un no residente. 10) Operaciones en las que existan indicios de que los clientes no actúan por cuenta propia, intentando ocultar la identidad real; 11) Cantidades recibidas por los Notarios en depósito, bien en efectivo, bien en títulos de crédito, para darles una aplicación prevista por el depositante con fines aparentemente insólitos o inusuales; 12) Compraventa de inmuebles con pago en efectivo o confesado recibido por importe superior al 25% del precio declarado en la escritura, siempre que tal importe sea superior a 300.506 €; 13) Transmisiones sucesivas del mismo bien inmueble en el mismo día con diferencias en el precio declarado superiores a 30.050 € siempre que tales diferencias superen el 25% de aquél; 14) Compraventa de inmuebles por importe superior a 30.050 € o su contravalor en moneda extranjera procedente de paraísos fiscales; 15) Cualquiera otra operación con personas físicas o jurídicas residentes en territorios o países que tengan la consideración de paraíso fiscal de acuerdo con el RD 1080/1991, de 5 de julio, cuando sean de importe superior a 30.050 € o su contravalor en moneda extranjera; 16) Los demás contratos y actos de que tengan conocimiento en el ejercicio de su función que puedan constituir indicio o prueba de blanqueo de capitales procedentes de actividades delictivas. No se entienden sospechosas las operaciones en que los importes se hayan obtenido a través de un préstamo concedido por una entidad financiera, debiendo extremarse la atención en clientes no habituales y desconocidos.

5.3. El delito de delincuencia organizada como ejemplo de “Derecho Penal de la prueba”

En la práctica se advierte que los delitos de organización criminal tienen una eficacia muy significativa para la investigación policial. En nuestro entorno jurídico ni la policía, ni los jueces pueden iniciar una investigación cuando no hay indicios de la comisión de un delito en concreto. Sin algo más que una sospecha no se pueden ordenar intervenciones telefónicas ni registros... Si la mera pertenencia a organización criminal es delito la sospecha de estos comportamientos permite ya el inicio de la investigación criminal. Ello posibilita que la policía comience la investigación con carácter previo a que se haya cometido algún delito y al juez autorizar medidas indagatorias que al final posibiliten el descubrimiento de delitos respecto de los cuales no existía una sospecha inicial. Por ello la doctrina alemana ha calificado estos delitos de “encubrir” “dar un paraguas legal” (“Ermittlungsparagraph”, “strafprozessualer Passpartout” o “fungibel Ausforschungparagraph”)²². La práctica judicial alemana muestra un número elevado de apertura de diligencias policiales por delito de asociación criminal, mientras que el número de condenas es mínimo²³. Lo que sucede es que esas investigaciones sirven para descubrir y probar otros delitos que sí son objeto de condena. Por ello al delito de asociación para delinquir se le ha denominado como “fuerza configuradora del Derecho Penal de la prueba”²⁴. Ello permite, a su vez, ampliar aún más la **legitimidad del agente encubierto** puesto que si se considera que ya se ha iniciado un hecho delictivo por la existencia de organización no podrá afirmarse que el “agente” ha inducido o provocado la comisión del hecho delictivo. Requisito que nuestra jurisprudencia requiere para absolver por los delitos inducidos o provocados por el agente encubierto²⁵, regulado en el art. 282 bis LECrim, que posibilita que el referido agente realice tareas de auxilio o colaboración en la comisión del delito, permitiendo la efectiva intervención judicial.

²² Cfr. MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, Frankfurt am Main 1994, p. 22

²³ LAU/MISCHAU, “Normgenese, Zielsetzung und Rechtswirklichkeit des § 129 (R) StGB und des § 129 a StGB”, en *Politische Strafrecht und politische Kriminalität, Kriminologische Journal* 1991, p. 73 ss.

²⁴ HILLENKAMP, “Beweisnot und materielles Recht”, en *Festschrift für R. Wassermann*, Neuwied 1985, p. 861 ss.

²⁵ Por todas, STS 1316/2011, de 1 de marzo, diferencia entre delito provocado y participación de un agente encubierto y requiere, en este segundo caso, que la decisión del sujeto activo sea libre y anterior a la intervención del agente encubierto. En esta sentencia expresamente se refiere a la investigación policial de un sujeto que está resuelto a cometer un delito o que “*se dedica a una permanente actividad criminal que únicamente pretende comprobarse*”.

Si además se inicia la investigación en el marco de la sospecha de la existencia de una organización terrorista se permiten competencias de investigación excepcionales y adopción de medidas cautelares extraordinarias²⁶. En España entra en juego la jurisdicción especial porque la competencia está reservada a los Juzgados Centrales de Instrucción y a la Audiencia Nacional²⁷. El art. 55.2 CE permite la suspensión de derechos fundamentales; el art. 17.2 CE aumenta la duración máxima de la detención preventiva²⁸; se restringe la inviolabilidad del domicilio, art. 18.2 CE²⁹ y el secreto de las comunicaciones, art. 18.3 CE³⁰. Situación que se extiende también a la limitación de los derechos de comunicación con el abogado³¹. Situación que es análoga en Alemania, Francia, Italia, Gran Bretaña o EEUU. Competencia de la Audiencia Nacional que puede ser otro de los aspectos claves, desde una perspectiva procesal, de la calificación de unos hechos en el contexto de una organización criminal.

Por otra parte estos delitos **posibilitan la condena de personas respecto de las que no se ha podido probar su participación en un delito en concreto**. Se trata en general del llamado “hombre de atrás” o “jefe de la banda”, en general, la cúpula directiva de la organización que no interviene directamente en la comisión de los delitos cometidos por los miembros de la organización. Muchas veces esos cargos intermedios ni tan siquiera conocen a los jefes y en otras ocasiones los jefes subcontratan la comisión de determinados delitos a otras organizaciones. Ello ha llevado a la doctrina alemana a calificarlo como “**tipo de recogida**” (*Auffangtatbestand*)³².

6. Conclusiones y propuestas

6.1. Ante la indiscutible expansión del Derecho penal, una propuesta de restricción podría plantearse desde el **Derecho procesal penal** a partir de dos ideas: el principio de

²⁶ LANGER/STEIN, *Legitimation ind Interpretation der strafrechtliche Verbote krimineller und terroristischer Vereinigungen*, p. 165

²⁷ LO 2/1981 y Disposición Transitoria de la LO 8/1988.

²⁸ Cfr. Art. 520 bis LECrim.

²⁹ Cfr. Art. 553 LECrim.

³⁰ Cfr. art. 579.4 LECrim y los arts. 51 ss Ley General Penitenciaria y arts. 41 ss del Reglamento Penitenciario.

³¹ Cfr. art. 51.2 Ley General Penitenciaria y art. 48 del Reglamento Penitenciario.

³² Cfr. LANGER/STEIN, *Legitimation ind Interpretation der strafrechtliche Verbote krimineller und terroristischer Vereinigungen*, p. 160 ss.

oportunidad³³ y el “derecho al debido proceso”³⁴. El **principio de oportunidad** procesal sería de utilidad cuando la aplicación de las normas penales infringe los principios de *ultima ratio*, fragmentariedad y, muy especialmente, el de subsidiariedad. Esta infracción se produce cuando no hay un interés público en la persecución de esos hechos y/o que político-criminalmente sea innecesario imponer una pena. Respecto el “**derecho al debido proceso**” se propone que actúe como condición objetiva de punibilidad de forma que cuando no se respetan las garantías del imputado no pueda imponerse una pena.

6.2. Luchar contra la “**flexibilización de los requisitos probatorios**” que se produce en los nuevos delitos cuya complejidad dificulta si no impide la prueba directa, recurriéndose a la prueba circunstancial, al testimonio exclusivo de la víctima, a la prueba anticipada o preconstituida.

6.3. Luchar contra la “utilización” de la dogmática para evitar la prueba de los hechos, como sucede con la utilización que lleva efecto la jurisprudencia de la imputación objetiva, o con el concepto de dolo, respecto del que los tribunales utilizan alternativamente uno u otro concepto según les “convenga” en el caso concreto, o con el concepto de “autor”, que en la actualidad abarca a cualquier interviniente, a partir del “dominio compartido”.

6.4. Interpretar los preceptos a partir de criterios sistemáticos y teleológicos, no exclusivamente literales o gramaticales. En este sentido, creo de especial importancia, en particular en relación con el “nuevo derecho penal”, la idea del bien jurídico-penal -interpretación teleológica- y la referencia a otros delitos que contemplen supuestos similares, así como a la normativa extra-penal -interpretación sistemática-.

6.5. En relación con el bien jurídico-penal, en particular, los bienes jurídico-penales supraindividuales, evitar su concepción como adelantamiento de la barrera de protección, respecto de los individuales porque, como había previsto, conduce a conceptos como los de peligro presunto, hipotético o estadístico o a introducir el principio de precaución en el Derecho penal. Por ello es necesario encontrar el objeto de protección concreto de cada uno de los preceptos en relación con el bien jurídico supraindividual que, inevitablemente, será

³³ BINDER, “Es posible..?”, p. 785 ss.

abstracto, y probar *ex post* en el caso concreto que el objeto de protección ha resultado afectado. En otras palabras respecto al principio de lesividad como elementos esencial de la antijuricidad penal. No es válido castigar sino se ha probado *ex post* que al riesgo creado *ex ante* le es imputable el resultado en cuanto afectación del bien jurídico protegido que se prueba a partir de la afectación del objeto del delito.

³⁴ PASTOR, *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2002, p. 807