
LA CONDUCTA TÍPICA Y EL SUJETO ACTIVO DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO EN EL DERECHO COMPARADO

Diana Hernández de la Guardia

Doutora em Ciências Jurídicas pela Universidade de Valencia, España.
Professora da Universidade de Havana.
Do Centro de Pesquisas Jurídicas do Ministério de Justiça de Cuba.

Resumen: Al delito de lavado de dinero se le califica como el “crimen de los 90”, porque es realmente una tipología de reciente incorporación en las regulaciones penales, lo que ocasiona no pocos escollos en su aplicación. Es por ello que la propuesta del trabajo es analizar someramente cómo la doctrina y la legislación de distintos países tratan el tema de la conducta típica y del sujeto activo para este delito, partiendo de la normativa cubana, y se brindan criterios que se espera contribuyan a una mejor interpretación y aplicación de la norma penal.

Palabras-clave: Lavado de dinero, derecho comparado, sujeto activo, conducta típica

A CONDUTA TÍPICA E O SUJEITO ATIVO DO DELITO DE LAVAGEM DE DINHEIRO NO DIREITO COMPARADO

Resumo: O delito de lavagem de dinheiro é classificado como o “crime dos anos 90”, porque é realmente uma tipologia de recente incorporação nas regulações penais, o que ocasiona muitas dificuldades em sua aplicação. É por isto que a proposta de trabalho é analisar superficialmente como a doutrina e a legislação de diferentes países tratam o tema da conduta típica e do sujeito ativo para este delito, partindo da normativa cubana, e se brindam critérios que, se espera, contribuam para uma melhor interpretação e aplicação da norma penal.

Palavras-chave: Lavagem de dinheiro, direito comparado, sujeito ativo, conduta típica

1. Introducción

Al contexto jurídico-penal cubano le ha sido incorporada una nueva tipología: el Lavado de Dinero. El surgimiento del delito de Lavado de Dinero no ha tenido en nuestro país características similares a las acaecidas en el entorno europeo, donde en general, la regulación penal antecedió a la administrativa a partir del apremio internacional por penalizar tales actos. En Cuba primó la apreciación de la relevancia de las graves consecuencias que trae consigo la ocurrencia de este tipo penal, con independencia de la existencia de normas administrativas, que fueron adoptadas previamente, pero que resultaban insuficientes para coartar y castigar la ejecución de tan graves conductas.

Por tal razón, a raíz de las regulaciones contenidas en la Ley No. 87 de 16 de febrero de 1999, modificativa del Código Penal cubano, se estableció el delito de Lavado de Dinero de la forma en que sigue:

Artículo 346.1. El que adquiriera, convierta o transfiera recursos, bienes o derechos a ellos relativos, o intente realizar estas operaciones, con conocimiento o debiendo conocer, o suponer racionalmente por la ocasión o circunstancias de la operación, que proceden directa o indirectamente de actos relacionados con el tráfico ilícito de drogas, de armas o de personas, o relacionados con el crimen organizado, incurre en sanción de privación de libertad de cinco a doce años.

2. En igual sanción incurre el que encubra o impida la determinación real de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o propiedad verdadera de recursos, bienes o derechos a ellos relativos, a sabiendas, debiendo conocer o suponer racionalmente, por la ocasión o circunstancias de la operación, que procedían de los delitos referidos en el apartado anterior.

3. Si los hechos referidos en los apartados que anteceden se cometen por ignorancia inexcusable, la sanción será de dos a cinco años de privación de libertad.

4. Los delitos previstos en este artículo se sancionan con independencia de los cometidos en ocasión de ellos.

5. A los declarados responsables de los delitos previstos en los apartados anteriores se les impone, además, la sanción accesoria de confiscación de bienes.

Sin embargo, hasta la fecha no se constata que tal articulado tenga una extendida aplicación. Muchas dificultades conspiran en ese sentido, y

van desde la insuficiente información que tienen muchos de los funcionarios encargados de detectar la ocurrencia de actos de lavado de dinero, hasta conflictos de leyes con las regulaciones de otros países. De ahí la importancia de tomar conciencia a escala internacional sobre la necesidad de profundizar en el estudio de este delito, buscar la mayor homogeneidad en esta regulación penal, así como trabajar por aunar esfuerzos conjuntos y realizar labores coordinadas para combatir el ilícito.

2. La conducta típica del delito de lavado de dinero

En el artículo 3.1.c) i) de la Convención de Viena se propone la represión de las conductas de “*adquisición*”, “*posesión*” y “*utilización*” de los bienes¹.

De ahí que coincidamos con la propuesta de la Convención de Viena de represión de las conductas de “*adquisición*” y “*posesión*”, no así con la de “*utilización*” que también es incluida en el artículo 3.1.c) i), pero que sabiamente no fue contemplada en nuestra legislación, ya que sería extralimitado hacer uso de sanciones penales por meras conductas carentes de peligrosidad social, como por ejemplo, que un sujeto reciba prestado un ordenador, una casa en una zona de verano, o un vehículo, etc., de otro que participa en delitos graves. Como tampoco la mera recepción de una cosa ha de ser constitutiva de actos ilícitos de blanqueo².

Otra de las posibles conductas típicas es la de la conversión. Convertir es entendido por el diccionario como “*mudar o volver una cosa en otra*”³. Gómez Iniesta ha llegado a considerar muy acertada la inclusión de esta modalidad en el delito español⁴, la cual recogen también las

1 Artículo 3.1 de la Convención de Viena: Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se comentan intencionalmente:

c) A reserva de sus principios constitucionales y a los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico:

i) La adquisición, la posesión o la utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos;

2 VOLK, KLAUS; Aspetti dogmatici e politico-criminali della nuova legge tedesca anti-riciclaggio (p. 261 StGB)”, en *Il riciclaggio dei proventi illeciti, tra politica criminale e diritto vigente*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1996, pág. 340.

3 BLANCO CORDERO, ISIDORO; *El delito de blanqueo de capitales*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 310.

4 GÓMEZ INIESTA, DIEGO J.; “Medidas internacionales contra el blanqueo de dinero y su reflejo en el Derecho español”, en Arroyo Zapatero, Luis-Tiedemann, Klaus (comps.), *Estudios de Derecho Penal económico*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1994, pág. 151.

legislaciones de Bélgica⁵, Canadá⁶, Luxemburgo⁷, Suecia⁸, Venezuela⁹, México¹⁰, etc.

La conversión comportará en consecuencia un cambio, una transformación¹¹, una variación¹² o mutación¹³, serán los actos por medio de los cuales se modifican los bienes fruto del delito transformándolos de forma tal, que adquieren una naturaleza diferente o sustancialmente distinta a la que poseían inicialmente¹⁴.

Sin embargo, no hemos de concluir sin dejar de hacer un somero análisis sobre un punto en el que no hay un criterio definido en la doctrina ni en la legislación, que es el lugar de encuadrabilidad de una conducta tan

5 Artículo 505 del Código penal de Bélgica:

“Serán castigados... 3º. Quienes conviertan o transfieran....”

6 Sección 462 (31) del Código de Canadá:

“(1) Será reo... el que... utilice, retire, envíe o libre a una persona o a un lugar, transporte, modifique o enajene bienes o sus correspondientes rendimientos... con la intención de ocultarlos o de convertirlos”.

7 Artículo 506-1 del Código penal de Luxemburgo:

“Serán castigados... 2) Los que aporten a sabiendas su concurso para una operación de... conversión de los bienes”.

8 Artículo 6 del Código penal sueco:

“Todo aquel que: 4. participe en el transporte, transferencia, conversión o adopte cualquier otra medida sobre los bienes...”

9 Artículo 37 de la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas venezolana:

“El que... 2. Convierta haberes mediante dinero, títulos, acciones, valores...”

10 Artículo 400 Bis del Código penal federal:

“al que... custodie, cambie, deposite, dé en garantía, invierta...”

11 Para Romeral Moraleda, convertir es cambiar, transformar o permutar una cosa. ROMERAL MORALEDA, ANTONIO y GARCÍA BLÁZQUEZ, MANUEL; *Tráfico y Consumo de Drogas. Aspectos penales y médico-forenses*, Comares, Granada, 1993, pág. 216.

12 Como expresa Conde-Pumpido, conversión es igual a transformación, transmutación. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO Y OTROS; *Código Penal, doctrina y jurisprudencia*, Tomo II, Artículos 138 a 385, Trivium, S.A., Madrid, 1997, pág. 3086.

13 Álvarez Pastor expresa que convertir implica una transformación o mutación, y ello exige una acción directa sobre el bien, por ejemplo, cambiar pesetas por dólares. ÁLVAREZ PASTOR, DANIEL; EGUIDAZU PALACIOS, FERNANDO; *“La prevención del Blanqueo de Capitales”*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 276.

14 ZARAGOZA AGUADO, J.A.; “Blanqueo de Dinero. Aspectos sustantivos. Su investigación”, en *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria*. Madrid, CCGPJ, febrero 1994, pág. 126. FABIÁN CAPARRÓS, EDUARDO A.; “Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas”, ob. cit., págs. 614, 615. FABIÁN CAPARRÓS, EDUARDO A.; “Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas”, ob. cit., pág. 605. AZZALI, G.; “Diritto penale dell’offesa e riciclaggio”, en *Rivista Italiana di Diritto e procedura penale*, Nuova Serie, Anno XXXVI, Giuffrè Editore, Milán, 1993, págs. 431 y ss. GÓMEZ INIESTA, DIEGO J.; *El delito de blanqueo de capitales en Derecho Español*, Cedecs Editorial S.A., Barcelona, 1996, pág. 48. ROMERAL MORALEDA, ANTONIO y GARCÍA BLÁZQUEZ, MANUEL; *Tráfico y Consumo de Drogas. Aspectos penales y médico-forenses*, Comares, Granada, 1993, pág. 217.

típica de blanqueo como lo es el realizar depósitos bancarios de procedencia ilegal. Esta acción puede quedar recogida dentro de la conducta típica de “conversión”, debido a que el dinero líquido pasa a constituir una cuenta bancaria, pero esa misma conducta podrá verse como de “adquisición”, ya que se adquiere una cuenta bancaria que reporta ganancias; o también pudiera ser entendida como una acción de “transferencia”, porque se traspa a la institución bancaria una serie de activos de los que ésta tiene la disponibilidad temporal a cambio de su custodia.

Precisamente por encontrarse esos recursos monetarios hasta cierto punto ocultos (y mucho más si se tratara de cuentas numeradas o cifradas), pudiera ser tipificada como la modalidad de “encubrimiento”, que refleja el apartado dos del artículo que pena el lavado, y en la medida en que tal conducta logre desvirtuar el origen ilícito de los bienes monetarios¹⁵, pudiera valorarse como la que se pena para cuando el sujeto “impida” la determinación real del origen de stos¹⁶, es decir, que esta acción puede ser encuadrada en cualquiera de las modalidades típicas que recoge el artículo 346.

La misma legislación internacional comparada muestra la dificultad de encontrar un justo acomodo a esta acción, y por eso no es coherente al regularla. Por ejemplo, la regulación italiana contiene la forma gramatical “sostituire” y la doctrina considera que con ella se comprende el depósito bancario, ya que siendo el dinero un bien fungible, al depositarse una suma se logra restituir el equivalente¹⁷. La anterior legislación panameña igualaba los depósitos bancarios a las transferencias dentro de un amplio rubro que denominaba “transacciones bancarias”¹⁸, por lo que quedaba enmarcada la acción de depósito bancario dentro de “transferir” y la ley venezolana enlaza la conversión con la “adquisición”¹⁹. En fin, que no existe un criterio único

15 COLOMBO, GHERARDO; *Il riciclaggio. Gli strumenti giudiziari di controllo dei flussi monetari illeciti con le modifiche introdotte dalla nuova legge antimafia*, Milano, Giuffrè Editore, 1990, pág. 85.

16 Según establece el apartado 2 del artículo 346 del Código Penal cubano.

17 ZANCHETTI, M.; *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1997, pág. 361. (El artículo 648 bis establece: ... el que sustituya dinero, bienes o cualesquiera utilidades económicas...).

18 Artículo 263 inciso D) del derogado Código penal de Panamá:

“transacciones bancarias son aquellas que se realizan en o desde la República de Panamá, tales como depósitos...”. (PRADO SALDARRIAGA, V.R.; *El delito de Lavado de dinero*, ob. cit., pág. 234).

19 Artículo 37.2, segundo párrafo de la Ley Orgánica sobre sustancias estupefacientes y psicotrópicas venezolana:

“al que convierta haberes mediante dinero, títulos, acciones, valores, derechos reales o personales,

sobre el particular.

Parte de la doctrina se ha inclinado por considerar los depósitos bancarios como “conversión”²⁰, y por otra se pronuncia porque la conducta del cajero que acepta esos recursos monetarios es de “adquisición”²¹, por lo que, siguiendo esta forma de considerarlo, el que los deposita, debería ser imputado de “transferencia”.

A nuestro entender, las variantes de conversión o transferencia pueden ser la solución más viable para encuadrar los depósitos bancarios de dinero sucio en una legislación como la nuestra, que contempla ambos verbos rectores. Tomando en cuenta todas las dificultades que genera el justo enmarcamiento de esta acción, y aunque la conducta puede ser punible con la regulación jurídico-penal existente, se considera que resultaría muy oportuno que se incluyera en nuestro Código Penal, al normar esta tipología delictiva, verbos más precisos y abarcadores de esta actividad bancaria, como por ejemplo, “resguardar” o “custodiar”, presentes en la legislación colombiana²². Como también pudiera ser utilizado simplemente el verbo “depositar”, a fin de abarcar adecuadamente una conducta cuyos trazos no pueden ser adecuadamente delimitados con las modalidades ya apuntadas²³.

3. El sujeto activo del delito de lavado de dinero

Las principales complejidades en cuanto a este tipo penal se presentan cuando se analiza que el delito de lavado de dinero exige que los bienes que sean objeto de blanqueo hayan sido el producto de un acto ilícito. De esta forma, no puede concebirse el blanqueo sin un hecho delictivo inicial e independiente del de lavado.

Este simple requisito legal plantea ciertas problemáticas en el

bienes muebles o inmuebles que hubiesen sido adquiridos producto de las fases o actividades ilícitas establecidas...”

20 Es convertir “el ingreso en una cuenta corriente (convirtiendo el dinero en efectivo en un crédito contra la cuenta corriente)”. ÁLVAREZ PASTOR, DANIEL; EGUIDAZU PALACIOS, FERNANDO; *“La prevención del Blanqueo de Capitales”*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 276. Sobre el tema también, Juana del Carpio, aunque aclara que si se realiza una transferencia bancaria deberá calificarse por transferencia. DEL CARPIO DELGADO, JUANA; *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal*, ob. cit., pág. 180.

21 DEL CARPIO DELGADO, JUANA; *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 175.

22 Artículo 247A del Código Penal de Colombia.

23 En Italia “sustituir” comprende el depósito bancario, ya que siendo el dinero un bien fungible, al depositarse una suma se logra restituir el equivalente. ZANCHETTI, MARIO; *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, ob. cit., pág. 361. (El artículo 648 bis establece: ... el que sustituya dinero, bienes o cualesquiera utilidades económicas...)

momento de analizar cómo habrá de considerarse el sujeto activo. La doctrina no tiene discrepancias cuando son diferentes los ejecutores de ese primer delito y los que cometen el blanqueo, ya que sería sancionado cada autor por el delito que hubiera cometido.

Pero si los recursos ilícitos han surgido de un acto delictivo perpetrado por la misma persona que posteriormente lava los bienes, es decir, cuando los sujetos de ambos delitos coinciden, ya que quien comete el delito previo es el mismo que después blanquea los fondos (lo que ocurre con frecuencia), aparecen opiniones discordantes en cuanto a si ese individuo debe ser castigado o no.

3.1. La impunidad basada en disposiciones legales del sujeto activo que cometió el ilícito inicial y ejecutó posteriormente actos de lavado de dinero.

Parte de la doctrina se ha pronunciado a favor de la no punición del lavado ejecutado por la misma persona que generó los bienes²⁴, en tanto, las regulaciones jurídicas de esta figura en varios países coinciden en ese parecer. Algunos estados como Suecia²⁵, Austria²⁶ y Argentina²⁷ se han inclinado por recoger en sus disposiciones jurídicas de forma expresa la imposibilidad del castigo para cuando el autor del delito previo y del blanqueo coincidan, excluyendo de esa manera como posibles sujetos activos del delito de blanqueo de capitales a aquellos que han participado en el acto que dio origen a los bienes a reciclar.

24 VIDALES RODRÍGUEZ, CATALINA; *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pág. 111. BLANCO, ISIDORO; *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., pág. 474 (que posteriormente hace otra propuesta), DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS; “El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español”, en *Actualidad Penal*, No. 32, Actualidad Alcobendas, Madrid, 5-11 de septiembre de 1994, pág. 611; FABIÁN CAPARRÓS, EDUARDO A.; “Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, ob. cit., pág. 609. (con relación al art. 344 bis i), RUIZ VADILLO, ENRIQUE; “El blanqueo de capitales en el ordenamiento jurídico español. Perspectiva actual y futura”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, número 1641, Madrid, 15 de julio de 1992, págs. 4283 y 4290.

25 Artículo 6 párrafo 2 del Código Penal sueco:

“obtenga una ganancia ilícita procedente de la comisión por otra persona de actividades delictivas”.

26 § 165 (1):

“El que esconda u oculte la procedencia de elementos patrimoniales procedentes de la comisión por otra persona de un delito...”

27 Artículo 277. 1.-

“Será reprimido con prisión de seis (6) meses a tres (3) años el que, tras la omisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado...”

La misma normativa prevista en el Convenio del Consejo de Europa en su artículo 6.2.b) admite la posibilidad de que las regulaciones para el lavado de dinero no sean de aplicación a los sujetos que realicen el hecho previo, reafirmando de esta forma un respeto por las decisiones soberanas de cada Estado sobre la cuestión.

Sin embargo, en otros países -como Cuba, España o los Estados Unidos- no se establece en las disposiciones jurídicas ninguna distinción al respecto, lo que ha conducido a interpretar ese silencio de varias formas, realizándose en ocasiones pronunciamientos disímiles por parte de la doctrina, unas veces a favor de la punición y otras en contra²⁸. Es nuestra opinión que si la legislación es omisa en ese particular, es porque permite la sancionabilidad del sujeto ejecutor de ambas conductas.

3.2. La posible responsabilidad penal en el delito de lavado de dinero del abogado defensor de un sujeto blanqueador de capitales

Ya ha sido analizado cómo este delito puede ser llevado a vías de hecho por medio de avezados especialistas, entre los que se hallan, por supuesto, los abogados. El rechazo que generan las actividades del blanqueo ha inclinado a algunos a combatir la posibilidad de que incluso este delito se verifique bajo una apariencia de legitimidad.

Debido a que el ilícito de blanqueo tiene múltiples formas de manifestarse, en los momentos actuales se alzan voces que plantean la posibilidad de que los grandes lavadores se aprovechen del derecho a la defensa para reciclar sus bienes.

Estos criterios aparecen porque es muy posible que una vez que ha sido encausado penalmente un sujeto dedicado al crimen organizado, éste aproveche la incoación de un procedimiento penal para utilizar fondos ilícitos en el pago de los honorarios del abogado encargado de la defensa.

Esta acción, susceptible de ser considerada como constitutiva del delito de lavado de dinero, a nuestro entender, podrá verificarse esencialmente de dos maneras: una, mediante el acuerdo con el letrado, que aceptará un monto por el pago real de sus servicios más el lavado de fondos ilícitos del cliente, pero ambas sumas quedarán englobadas en una sola retribución: la de los honorarios por su trabajo. Por otra parte, la doctrina también se ha

28 SÁNCHEZ, CARLOS; "El delito de blanqueo de capitales", ob. cit., pág. 169. BLANCO, ISIDORO; *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., pág. 478.

preocupado por el innegable hecho de que si un conocido delincuente contrata un letrado, estará pagando con fondos sucios sus servicios, y por tanto, puede entenderse que se estará lavando dinero. Por tanto, el abogado siempre sabrá que se trata de un sujeto conocido como delincuente, pero en un caso actúa dolosamente realizando el delito y en el otro acepta un dinero posiblemente “sucio” por sus servicios.

Tales planteamientos han encontrado acogida en naciones como Italia²⁹ o los Estados Unidos, donde se intenta refutar los beneficios que por partida doble pueden obtener los blanqueadores: por una parte reciclar “legalmente” sus bienes y por otra, recibir una “defensa Rolls Royce”³⁰, ya que como resultado de su incalculable riqueza, se les permite pagar a los más expertos y costosos penalistas, lo que ha conducido a que incluso, se hayan hecho pronunciamientos en pos de eliminar el derecho del acusado a recibir los servicios de los abogados³¹.

Funcionarios de Naciones Unidas se han pronunciado porque se considere como delito y se tipifique penalmente como tal, la actuación del letrado que dolosamente se preste para la ocultación de bienes ilícitos, sin que pueda ampararse en el secreto profesional³².

Algunos autores, como Juana del Carpio³³, plantean que la solución del problema no puede ser tan radical que prohíba el derecho a la defensa, ya que si bien es cierto que por medio del pago de los servicios profesionales pueden ser lavados bienes, también ha de tomarse en cuenta que la generalidad de las legislaciones prevén el derecho de todo acusado a la

29 En el caso del abogado defensor lo más importante según la doctrina italiana estriba en determinar el grado de conocimiento que tiene el abogado de la procedencia de los fondos, en cuyo caso consideran que la responsabilidad penal no puede ser excluida, salvo que acepte el dinero de forma documentaria y transparente. ZANCHETTI, MARIO; *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, ob. cit., pág. 212.

30 SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, JOSÉ LUIS; “Algunas cuestiones político-criminales en el llamado delito de blanqueo”, en *La Ley- Actualidad, Editorial La Ley- Actualidad*, Madrid, 1998, pág. 1720.

31 “El tema cobra especial relevancia en Italia, donde recientemente la jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de admitir como “colaboración” con una organización criminal el defender a los acusados por ese delito, quedando abierta la posibilidad de inculpar al defensor por “reciclaje” al cobrar los honorarios de la defensa a los miembros de la organización criminal”. DEL CARPIO DELGADO, JUANA; *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal*, ob. cit., pág. 269 Nota 96.

32 UNITED NATIONS OFFICE FOR DRUG CONTROL AND CRIME PREVENTION; *Financial Havens, Banking Secrecy and Money-laundering*, Double issue 34 and 35 of the Crime Prevention and Criminal Justice Newsletter, issue 8 of the UNDCP Technical Series, New York, United Nations, 1999, pág. 62.

33 DEL CARPIO DELGADO, JUANA; *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal*, ob. cit., págs. 270-271.

defensa, por lo que, de limitarse esta posibilidad, se incurrirá en una grave arbitrariedad. Por eso en los Estados Unidos se estableció la exclusión de la punibilidad para cualquier transacción necesaria, a fin de preservar el derecho de una persona a la defensa, como garantía de la Sexta Enmienda a la Constitución³⁴.

La doctrina alemana tiene posiciones divididas en cuanto a la figura del abogado defensor. Unos opinan que el abogado, una vez que conozca del origen ilícito de los bienes, debe rechazar esos honorarios “sucios”. En cambio otros consideran que ese pago no debe ser sancionable, como tampoco el del notario o el de un perito, ya que forma parte de una actividad profesional recogida en la legislación penal³⁵.

El asunto del secreto profesional³⁶ también está en controversia, porque recientemente fue elevada una petición de queja de la abogacía española ante el Parlamento Europeo, preocupada por evitar que en la nueva Directiva de blanqueo que se está elaborando se lacere el derecho de defensa y el secreto profesional, al interesar de los abogados que denuncien a los clientes que consideren presuntos blanqueadores³⁷.

Consideramos que la conducta no ha de ser tipificadora de un delito de lavado de dinero cuando se trata del pago por la prestación de un servicio pues hemos de descartar como delito aquello derivado de actividades propias de la vida cotidiana.

Además, si se le prohíbe al culpable el pago de la defensa penal a un abogado, se le estará cercenando no sólo el derecho generalmente recogido en las Constituciones, acerca de que todo individuo debe contar con asistencia letrada en un proceso penal en su contra, sino también, que se afectará una presunción recogida para todo acusado: la de inocencia, pues se presume inocente todo procesado hasta que no reciba sanción penal por tribunal competente.

Por ello se propone que cada caso ha de ser valorado muy detenidamente³⁸. Así, si se constatará que por medio del pago de los servicios

34 ZANCHETTI, MARIO; *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, ob. cit., pág. 213.

35 ZANCHETTI, MARIO; *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, ob. cit., págs. 213-214.

36 UNITED NATIONS OFFICE FOR DRUG CONTROL AND CRIME PREVENTION; *Financial Havens, Banking Secrecy and Money-laundering*, ob. cit., pág. 62.

37 Artículo “La abogacía europea denuncia la directiva sobre blanqueo de capital”, en *Diario Jurídico La Ley*, martes 12 de octubre de 2004, pág. 4.

38 DEL CARPIO DELGADO, JUANA; *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal*, ob. cit., págs. 269-273.

profesionales del letrado se están realizando actos de blanqueo, el abogado y su cliente habrán de responder por tal; pero si, por el contrario, se trata de una actuación dentro del marco de la más simple legalidad, no podrían ser incriminados.

Suárez González plantea que cuando hay inexactitud en los términos se puede llegar a distintas conclusiones. Por ejemplo, considera que *“nada impide castigar por el delito de blanqueo de capitales al abogado que, en cobro de sus honorarios profesionales, admite dinero de un cliente a sabiendas de su procedencia del tráfico de drogas”*³⁹, pero tal parecer negaría a nuestro entender el derecho de todo acusado a ser presumido inocente, ya que aunque los fondos fueran procedentes de un sujeto que ya ha resultado sancionado por narcotráfico, hay que demostrar en cierta manera, la ilicitud específica de los bienes que posee en ese momento a los efectos de sancionarlo por el delito de lavado de dinero, ya que deben presumirse lícitos salvo que se demuestre lo contrario. Por tanto, eso únicamente se logrará en el proceso penal donde se le sancione por el delito de lavado, luego, sus honorarios no pueden ser entendidos como de procedencia ilícita.

Y retomamos lo ya expresado, si ciertamente fueran los honorarios de procedencia ilícita, resulta extremadamente exagerado interesar la punición a todos los sujetos que por una u otra coyuntura entren en contacto con esos bienes en razón de la vida ordinaria (chofer, barbero, masajista, etc.) pues sería llevar la participación en el ilícito a consideraciones delictivas muy lejanas.

Sin embargo, a nuestro parecer, el problema es mucho más complejo, ya que lograr probar y demostrar a un avezado abogado que está participando en actos de reciclaje no será un asunto nada sencillo, y por otra parte, si el cliente es ampliamente solvente y el profesional de gran prestigio, será también difícil trazar la pauta de hasta qué límite el pago es excesivo o adecuado para el caso en cuestión⁴⁰.

Por eso, no resultaría despreciable analizar la posibilidad de alguna

39 GÓMEZ INIESTA, DIEGO J.; *El delito de blanqueo de capitales en Derecho Español*, ob. cit., pág. 45 citando a Suárez González, pág. 52 Nota 94.

40 Por supuesto que en los países donde el pago de los servicios se produce por libre acuerdo entre partes. En Cuba están fijadas tarifas que no dan pie para tales excesos, salvo de forma ilícita.

41 A favor también de cambios en la normativa a este tenor, ARÁNGUEZ, CARLOS; *“El delito de blanqueo de capitales”*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2000, pág. 260.

modificación legislativa⁴¹ a partir de la cual se facultara a los fiscales a proponer y a un tribunal superior a decidir, si en determinados casos se limitará la defensa letrada de libre elección y se obligue a recibir una defensa letrada de oficio, solución que, sin incurrir en injusticias ni violación de los principios más elementales del Derecho Penal, evite la continuación de conductas de lavado de dinero ante el mismo aparato judicial, pues al no ser la defensa susceptible de pago alguno, permitiría en caso de que se haya verificado, probar el delito.

No obstante, hemos de reconocer que en el caso de los países europeos esta propuesta no es posible, ya que en la Convención Europea de los Derechos Humanos se recoge el derecho de todo acusado a defenderse por sí mismo o a recibir la asistencia de un defensor por él elegido⁴². Por tanto, el principio regula no sólo el derecho a la defensa, sino también el de decidir quién ha de realizarla, debido a la cual si se obligara a recurrir un defensor de oficio, se violaría este precepto.

Conclusiones

La aplicabilidad de un delito es un asunto complicado. Pero debe trabajarse en pos de que su articulado no se convierta en letra muerta. Las nuevas tipicidades delictivas del mundo moderno, que como la del lavado de dinero, implican acciones que se ejecutan en diferentes etapas, con un alto contenido técnico y generalmente en más de un país, complejizan el trabajo de los operadores jurídicos seriamente. Debemos prepararnos para vencer todos los obstáculos que en el camino se puedan presentar y el conocimiento y dominio del tema serán un arma imprescindible en esa encomienda.