



**IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE PENAL NO CRIME DE
LAVAGEM DE DINHEIRO**

Análise crítica sobre a incriminação da modalidade temerária e a exigência de uma lista exaustiva dos crimes anteriores no crime de branqueamento de capitais em Portugal, Espanha e Brasil

*IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL EN EL DELITO DE
BLANQUEO DE CAPITALES*

Análisis crítico sobre la incriminación de la modalidad imprudente y la exigencia de un listado exhaustivo de delitos previos en el delito de blanqueo de capitales en Portugal, España y Brasil

*IMPUTATION OF CRIMINAL RESPONSIBILITY IN THE CRIME OF MONEY
LAUNDERING*

Critical analysis on the incrimination of the reckless modality and the requirement of an exhaustive list of previous crimes in the crime of money laundering in Portugal, Spain and Brazil

Antonio Sólon Rudá

Universidade de Coimbra - Portugal

E-mail: antoniolosolonruda@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0341-0649>

RESUMO

Este trabalho pretende abordar a incriminação da modalidade temerária e a exigência de uma lista exaustiva dos crimes subjacentes ao crime de branqueamento de capitais em Portugal, Espanha e Brasil. Com foco na imputação de responsabilidade penal para esse tipo de crime, a pesquisa visa analisar criticamente os aspectos legislativos e jurisprudenciais de cada um desses institutos, com o objetivo de compreender até que ponto a adoção sistemática de um ou de outro pode influenciar a questão. . da eficácia e da dignidade do direito penal.

Palavras-chave: Lavagem de dinheiro, crimes antecedentes, imprudência, Direito Penal.

RESUMEN

Este trabajo tiene como objetivo abordar la incriminación de la modalidad imprudente y la exigencia de una lista exhaustiva de delitos precedentes en el delito de blanqueo de capitales en Portugal, España y Brasil. Centrándose en la imputación de responsabilidad penal sobre esta modalidad de delito, la investigación pretende analizar críticamente los aspectos legislativos y jurisprudenciales de cada uno de estos institutos, con el objetivo de comprender en qué medida la adopción sistemática de uno u otro puede influir en la cuestión de la eficacia y dignificación del Derecho penal.

Palabras clave: Blanqueo de capitales, delito precedente, imprudencia, Derecho penal.

ABSTRACT

This work aims to address the incrimination of the reckless modality and the requirement of an exhaustive list of predicate offenses in the crime of money laundering in Portugal, Spain and Brazil. Focusing on the imputation of criminal responsibility for this type of crime, the research aims to critically analyze the legislative and jurisprudential aspects of each of these institutes, with the aim of understanding to what extent the systematic adoption of one or the other can influence the issue. of the effectiveness and dignity of criminal law.

Keywords: Money laundering, antecedent crime, recklessness, Criminal Law.

Recebido em: 09/11/23
Aceito em: 22/03/24
Publicado em: 22/04/2024

1. Introducción

El presente trabajo pretende dar respuesta a la siguiente interrogante (que desde ahora se tomará como problema-pregunta de la investigación): ¿En qué medida la exigencia de una lista exhaustiva de delitos anteriores y la no tipificación del delito temerario en el blanqueo de capitales pueden incidir en el tema de la efectividad y dignificación del derecho penal? Para responder a esta pregunta, utilizando el método bibliográfico, este trabajo se dividió en tres capítulos que, además de esta introducción y conclusión, tienen su desarrollo abordando notablemente el delito de blanqueo de capitales en el ordenamiento jurídico portugués, español y brasileño, desde un escenario de imputación de responsabilidad penal.

La relevancia del tema radica en la necesidad de buscar una mayor eficacia en la aplicación de las leyes penales con el objetivo de una mayor dignificación del derecho penal, especialmente en cuanto a su naturaleza jurídica como una importante herramienta de control social. En este contexto, es necesario indagar en dos temas que han permeado muchas discusiones en torno al delito de blanqueo de capitales (lavado de activos), uno de los focos de mayor preocupación en el ámbito delictivo a nivel mundial, pues entre los diversos males financiados con dinero de esta modalidad criminal está el terrorismo. No en vano, la Unión Europea ha dedicado buena parte de su agenda comunitaria a establecer políticas para combatir el delito de blanqueo de capitales.

En ese contexto, se buscará indagar y analizar el aspecto legislativo, el tipo de imputación y la jurisprudencia aplicada, así como el tema del delito precedente como *conditio sine qua non* para la configuración del delito de blanqueo de capitales en los tres países estudiados, ya que no existe una uniformidad hermenéutica, y en consecuencia, cada uno de estos Estados trata estos temas de manera diferente, lo que hace que los reflejos de tales procedimientos en el ordenamiento jurídico respectivo sean objeto de extrema relevancia para

la investigación. Un ejemplo de ello es la tipificación de la modalidad de imputación imprudente que, a pesar de ser parte de una recomendación expresa de la Unión Europea, desde el Tratado de Amsterdam, aún son pocos los Estados miembros que la adoptan, como es el caso de España, Alemania y Luxemburgo¹.

También será relevante investigar la existencia o no de posibles puntos de convergencia en estas distintas legislaciones penales, cuando el objetivo principal sea combatir el delito de blanqueo de capitales. Por tanto, comprender en qué medida las convergencias y distinciones legislativas y jurisprudenciales afectan la eficacia y dignificación del derecho penal será de fundamental importancia para su propio desarrollo.

2. El delito de blanqueo de capitales en el ordenamiento jurídico portugués, español y brasileño en un escenario de imputación de responsabilidad penal

2.1 Concepto y naturaleza jurídica del delito de blanqueo de capitales² - Fundamentos

Sin distinción de ordenamiento jurídico, es posible afirmar que la naturaleza jurídica del delito de blanqueo de capitales es la de infracción contra el patrimonio y el orden económico vigente, prevista en el ordenamiento jurídico portugués en el artículo 368-A del Código Penal (como se verá más adelante), teniendo como bien jurídico el

¹ En los términos del punto “b” de la recomendación 26, que trata de la delincuencia organizada y el blanqueo de capitales, el Consejo Europeo señaló que “la penalización del blanqueo de los beneficios del delito debería hacerse lo más general posible, y habría que establecer una base jurídica que cubriera la mayor variedad posible de facultades de investigación. Debería estudiarse si es conveniente incluir dentro del blanqueo la conducta negligente. Debería emprenderse un estudio con vistas a perfeccionar la localización e incautación de los bienes ilegales y la aplicación de las resoluciones judiciales sobre la confiscación de bienes de la delincuencia organizada”.

² La actitud delictiva consistente en dar una apariencia lícita a los recursos económicos provenientes de actividades ilícitas puede expresarse de diferentes formas según el ordenamiento jurídico. Así, lo que en este trabajo y en el ámbito de la legislación portuguesa se trata como *blanqueamento de capitais*, en España se denomina blanqueo de capitales, en Brasil se denomina *lavagem de dinheiro*. En Estados Unidos, el término es *moneylaundering* y se utilizó por primera vez a principios de la década de 1980 del siglo pasado. En Francia el término utilizado es *blanchiment de l'argent*. En Alemania se utiliza el término *Geldwäsche*, y en Italia *Riciclaggio*. Son, por tanto, expresiones diferentes, al igual que en Portugal y Brasil, sin embargo se refieren al mismo tipo delictivo (fenómeno delictivo).

propio orden económico (ya que implica un desequilibrio en la recaudación pública y una transgresión a principios como el de la competición libre), y, en consecuencia, la realización (administración) de la justicia. Es cierto que existe una definición legal dentro de cada ordenamiento jurídico, la doctrina difiere muy poco en cuanto al concepto del delito de blanqueo de capitales.

No obstante, se podría dar un énfasis especial al concepto planteado por FLORES (2002, 315), para quien el delito de blanqueo de capitales, dentro del ámbito de los delitos de dolo, donde el autor persigue determinados fines, es un delito de resultado cortado, consistente en la realización de un acto con el fin de producir un resultado determinado, sin embargo, se sitúa fuera del tipo penal, y al final, es indiferente si ha alcanzado o no el fin propuesto³. Para DIEZ RIPOLLÉS (1994, 609), el delito de blanqueo de capitales consiste en procedimientos practicados con el objetivo de introducir en el sistema económico-financiero legal los beneficios obtenidos de la realización de determinadas actividades delictivas especialmente lucrativas, posibilitando el disfrute de tales beneficios tras ser jurídicamente incuestionables⁴. Según ALVES (2019), el blanqueo de capitales es un proceso por etapas en el que el terrorismo y las organizaciones criminales beben diversas formas de financiación en una simbiosis odiosa basada en la actividad multinacional. Para DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO (1999, 5), es un proceso o conjunto de operaciones, donde bienes o valores obtenidos mediante actividades ilícitas, ocultando su origen, pasan a formar parte del sistema económico o financiero. A su vez, en un concepto consistente con la aplicación en la legislación brasileña vigente, FABIÁN CAPARRÓS (1998, 49 y s) afirma que se trata de un proceso que tiende a obtener la aplicación en actividades

³ Como señala este autor, el delito de blanqueo de capitales no debe confundirse con el de recepción, ya que no se trata de un tipo de imputación, “pues a pesar de las características que comparte, el blanqueo de capitales se configura como un delito autónomo”. Ídem, pág. 299.

⁴ En el concepto de este autor, es posible verificar la predicción del delito precedente específico, cuando el autor habla que sería más saludable hablar de ganado en la realización de actividades delictivas, cuando la inexigibilidad de una lista exhaustiva de delitos sería bastante clara, como condición para la configuración del delito de blanqueo de capitales.

económicas lícitas de una masa de bienes derivados de cualquier tipo de conducta ilícita, independientemente de la forma que adopte esta masa, mediante el otorgamiento progresivo de una apariencia de legalidad. Muy lúcida es también la definición aportada por la BCFT⁵, para quien se trata del “proceso mediante el cual los autores de actividades delictivas ocultan el origen de los bienes y rentas ilícitamente obtenidos (ventajas), transformando la liquidez resultante de estas actividades en capital legalmente reutilizable, al encubrir el origen o el verdadero propietario de los fondos”⁶. Con base en la definición derivada de la Convención de Viena de las Naciones Unidas, en 1988, RODRIGUES (2020, 170) agregará que el blanqueo de capitales engloba una actividad delictiva consistente en la conversión o transferencia, el ocultamiento o disimulación y la adquisición, posesión o uso de bienes de procedencia ilícita. En todo caso, es posible decir que el blanqueo de capitales consiste en una acción delictiva realizada con dolo o imprudencia consciente, cuyo resultado es la apariencia legal de recursos económicos provenientes de actividades ilícitas⁷.

A pesar de ser un mismo proceso, el fenómeno del blanqueo de capitales se da en tres ciclos o etapas (*stage*): a) Colocación (*placement stage*), donde, a través de personas naturales o jurídicas, los valores se insertan en el sistema financiero o en diversas actividades económicas de relevante rentabilidad, generalmente a través de la compra de bienes, conversión de moneda o envío al exterior (por medios no oficiales); b) Circulación (*layering stage*), donde la materialización del encubrimiento (ocultamiento de la naturaleza y origen ilícito de los recursos) ocurre a

⁵ BCFT - Comisión de Coordinación de Políticas para Prevenir y Combatir el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo. Establecido por la Resolución del Consejo de Ministros 88/2015, de 1 de octubre, y ratificado por la Presidencia del Consejo de Ministros – Secretaría General, por la Declaración de Rectificación 53/2015, de 23 de noviembre.

⁶ Disponible en <http://bit.ly/2LZC4hX>. Consulta realizada el 19/01/2021, a las 14h36.

⁷ En cuanto a las actividades ilícitas, existe el denominado delito antecedente (precedente), y las diversas legislaciones, en este punto, pueden clasificarse en una de tres generaciones: a) primera generación (también denominada generación del sistema único, cuando se trata de lavado de activos). considerados únicamente los productos del delito de tráfico de estupefacientes); b) segunda generación (también denominada parcial, cuando existe una lista exhaustiva (*numerus clausus*) de modalidades penales (delitos anteriores) como *conditio sine qua non* para la configuración del delito de lavado de activos); o c) de tercera generación (cuando se considere, a los efectos de un delito determinante, cualquier tipo de delito, incluidos los delitos y faltas de cualquier tipo). Brasil y España caen en la tercera generación.

través de acciones que alejan los recursos de su origen ilícito, tales como la confusión deliberada entre recursos legales e ilegales en el mercado financiero legítimo, ya sea a través de múltiples transacciones comerciales (reales inmuebles, por ejemplo, ficticios o reales) o servicios financieros de carácter general; y c) Integración (*integration stage*), cuando se produzca la aparente legalidad del origen de los recursos y su utilización en beneficio individual o colectivo, ya sea a través de inversiones legítimas (adquisiciones y bienes muebles o inmuebles, préstamos, etc.), o por cualquier otro medio con apariencia de legalidad, en un escenario de total confusión patrimonial (muchas veces imperceptible para las autoridades).

A nivel mundial, se puede señalar que el punto de partida de la legislación dirigida a combatir el delito de blanqueo de capitales fue la Convención de Viena de 1988⁸. Según el acuerdo, debe entenderse por “producto” “los bienes obtenidos o derivados, directa o indirectamente, de la práctica de los delitos tipificados de conformidad con el inciso 1 del artículo 3”, que a su vez, tratándose de delitos y sanciones, hacía mención expresa a la conversión o transferencia de bienes, así como al encubrimiento y ocultación. En 1989, se creó el GAFI/GAFI - Grupo de Acción Financiera Internacional contra el Blanqueo de Capitales y la Financiación del Terrorismo, en una reunión del G7 (el grupo de los siete países más ricos del mundo) en París, del 14 al 16 de julio. El principal objetivo de este organismo intergubernamental es la elaboración, discusión y promoción de lineamientos globales para la prevención y combate de los delitos de blanqueo de capitales y

⁸ Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, fue concluida en Viena el 20 de diciembre de 1988. Dentro del ámbito de esta Convención se ha catalogado la conducta del delito de blanqueo de capitales, sin embargo, sin la denominación tipificada que hoy se conoce. También se afirmó la autonomía de cada Estado nacional para la tipificación del citado delito, el cual fue preconizado en el artículo 3, inciso 1, alinea c, número II, consistente en la “adquisición, posesión o uso de bienes, teniendo conocimiento, a tiempo de quien los recibe, que dichos bienes provienen de alguno o algunos de los delitos señalados en el inciso “a” (delitos relativos al tráfico ilícito de estupefacientes). Así, en los términos del alinea c, cada Estado Nacional trataría esta tipificación de conformidad con sus principios constitucionales y con los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico. El Convenio fue ratificado por Portugal por Decreto del presidente de la República nº 45/91, de 06/09; por España el 10 de noviembre de 1990, publicado en el BOE núm. 270; y por Brasil en 1991, a través del Decreto 154, de 26 de junio.

financiamiento del terrorismo. En 1990, el GAFI publicó 40 recomendaciones vinculantes para todos los países signatarios. Las recomendaciones, tras los atentados del 11 de septiembre, en EE.UU., recibieron el complemento de otras 9, consistiendo en lineamientos para la práctica de medidas de prevención de delitos contra el sistema financiero, incluido el blanqueo de capitales.

2.2 El blanqueo de capitales como delito en el ordenamiento jurídico portugués

a. Pronóstico legislativo

En la legislación portuguesa, ya que Portugal, al igual que España, es miembro de la Unión Europea⁹, el delito de blanqueo de capitales fue disciplinado por la Ley 83/2017, de 18 de agosto, por la que se establecen medidas para combatir esta modalidad delictiva y la financiación del terrorismo, transponiendo parcialmente las Directivas 2015/849/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, y 2016/2258/UE, del Consejo, de 6 de diciembre de 2016, así como por la que se modifican el Código Penal y el Código de la

⁹ Teniendo en cuenta que Portugal y España son países miembros de la Unión Europea, y que esta última ha jugado un papel relevante a través de las recomendaciones para la adopción de políticas de lucha contra los delitos de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, es importante destacar las principales directivas, a través del cual la Unión Europea ha fomentado la adopción de políticas públicas (leyes) uniformes en la lucha contra estas modalidades delictivas, luchando, en particular, por la armonización en materia de legislación penal. En este sentido, existen las siguientes Directivas: 91/308/CEE, de 10 de junio de 1991 (trata sobre la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales); Directiva 2001/97/CE, de 4 de diciembre de 2001 (modifica la Directiva 91/308 de la entonces CEE sobre prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales); Directiva 2005/60/CE, de 26 de octubre de 2005 (Relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo); Directiva (UE) 2015/849, de 20 de mayo de 2015 (Sobre la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo; modifica el Reglamento 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, además de haber derogado Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y Directiva 2006/70/CE de la Comisión; Directiva (UE) 2018/843, de 30 de mayo de 2018 (Relativa a la prevención del uso del sistema financiero para obtener dinero blanqueo o para la financiación del terrorismo, y la modificación de las Directivas 25009/138/CE y 2013/36/UE, y la Directiva (UE) 2018/1673, de 23 de octubre de 2018 (Relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales a través del derecho penal). Por último, pero no menos importante, las Conclusiones de Tampere, a saber, los apartados 51 y 56, que tratan del delito de blanqueo de capitales y la ampliación de las facultades de EUROPOL, independientemente del tipo de delito penal que esté en el origen del blanqueo de los productos delictivos. En otras palabras, el Consejo predica la eliminación de la lista exhaustiva de delitos antecedentes como condición para la configuración del delito de blanqueo de capitales. En el mismo sentido, existe un incentivo para que los Estados Miembros busquen uniformidad y amplitud en la definición de las actividades que constituyen esta modalidad delictiva, tal como se recomienda en el punto 55 de las Conclusiones.

Propiedad Industrial, derogando la Ley 25/2008, de 5 de junio, y el Decreto-ley 125/2008, de 21 de julio. Pues bien, para poder llevar a cabo el delito de blanqueo de capitales, como se mencionó anteriormente, es imprescindible que el agente infractor pase por tres etapas: colocación (*placement stage*); circulación (*layering stage*); y la integración (*integration stage*).

En el Código Penal portugués, el delito de blanqueo de capitales se desarrolla en el artículo 368-A¹⁰ y está condicionada a un *numerus clausus*, es decir, a la práctica de determinados actos ilícitos como antecedentes y preconizados en el inciso 3¹¹ que quien convierta, transfiera, ayude o facilite cualquier operación de conversión o transferencia de ventajas, obtenidas por sí o por un tercero, directa o indirectamente, con el fin de encubrir su origen ilícito, o impedir que el autor o participe de estas infracciones sea perseguido penalmente o sometido a una reacción penal estará sujeto a una pena de prisión de hasta 12 años. El artículo 4 establece que “quien oculte u disimule la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de las ventajas, o de los derechos conexos, incurrirá en la misma pena”.

Finalmente, el item 5 prescribe que quien, “no siendo autor del ilícito típico del que proceden las ventajas, las adquiera, las posea o las utilice, con conocimiento, en el momento de la adquisición o en el momento inicial de la detención o uso de esa calidad, quedará sujeto a la misma pena”. Como se mencionó, este texto es producto de cambios relevantes en la legislación penal portuguesa y, a pesar de no estar exento de críticas a la doctrina, es hoy una herramienta importante en la lucha contra esta modalidad penal, aunque todavía lejos de la deseada armonización¹² legislativo-penal defendida por el Consejo

¹⁰ La redacción actual es producto de los cambios promovidos por los siguientes diplomas legales: Rect. 45/2004, de 05/06; Ley 59/2007, de 09/04; Ley 83/2017, de 18/08; Ley 58/2020, de 31/08. Todos ellos disponibles en: <https://bit.ly/3ixLaPm>. Consulta realizada el 20/01/2021, a las 15:46 horas.

¹¹ Los puntos 1 y 2 serán tratados en el tema de antecedentes penales.

¹² Sobre este tema, existe la fuerte crítica de RODRIGUES (2020, 183), para quien, dentro de la Unión Europea, esta armonización es débil, tanto en cuanto a la definición de conducta de blanqueo como de

Europeo, en particular en el punto 55 de las *Conclusiones de Tampere*¹³. RIBOLI (2019, 826 e 827) sostiene que la armonización en materia penal debe entenderse como la ordenación y adecuación de las legislaciones penales internas de los Estados miembros, de manera que encuentren afinidad entre ellas y, así, cumplan los objetivos comunes establecidos por la Unión Europea, respetando siempre las particularidades fundamentales del ordenamiento jurídico de cada Estado miembro¹⁴.

b. Sobre la tipificación de la modalidad negligente (imprudencia)
– Análisis legislativo y jurisprudencial

Como es bien sabido, la aplicación de cualquier tipo penal relativo a la conducta humana está precedida por el tipo de imputación a atribuir al agente, previamente recomendado en la Parte General de los Códigos Penales, donde el legislador, considerando el mejor interés de la política criminal adoptado por el Estado, determina los tipos de imputación que se utilizarán en la aplicación de los tipos definidos en la Parte Especial. En el caso del Código Penal portugués, este precepto está impreso en tres artículos: En el 13, donde el legislador definió las modalidades de imputación a las que estará sujeto el agente infractor, recomendando que sólo el acto cometido con dolo o, en los casos especialmente previstos por la ley, con negligencia. En el artículo 14, en tres puntos, está la definición de dolo para el derecho penal portugués, y en el artículo 15, la definición de negligencia. Según la letra del punto 1 del artículo 14, la persona que, representando un hecho que cumple un tipo de delito, actúa con la intención de realizarlo, actúa con dolo.

antecedentes penales. En particular, en el tema de los delitos antecedentes, nos referiremos a un tema específico (*infra*).

¹³ Ver Consejo Europeo de Tampere 15 y 16 de octubre de 1999 - Conclusiones de la Presidencia “55. El Consejo Europeo pide que se realice la aproximación del Derecho penal y procesal en materia de blanqueo de capitales (por ejemplo, seguimiento, embargo preventivo y decomiso de fondos). La gama de actividades delictivas que constituyen delitos principales en materia de blanqueo de capitales debe ser uniforme y lo suficientemente amplia en todos los Estados miembros”.

¹⁴ Según este autor, la armonización no pretende eliminar las diferencias entre los ordenamientos jurídicos, sino quitar fricciones para que haya más integración y concordancia entre ellos.

Complementariamente, en el punto 2 el legislador agregó que quien representa la realización de un hecho que cumple un tipo de delito como consecuencia necesaria de su conducta también actúa con dolo, y en el punto 3 recomienda que cuando la realización de un hecho que cumple un tipo de delito se presenta como posible consecuencia de la conducta, hay dolo si el agente actúa conforme a esa realización. De la lectura de este artículo 14, es posible percibir una contradicción de los puntos 2 y 3 en relación con el punto 1. Si en éste, el legislador aclara que quien tiene la intención actúa con dolo, en aquéllos no hay necesidad de el elemento intención, que hace que todo el texto se confunda, porque, así como representar un resultado necesario no significa desearlo, representarlo como posible, tampoco lo es.

Parece que las conductas recomendadas en los puntos 2 y 3 están mucho más cerca de la imprudencia que de la conducta maliciosa. Por otra parte, en el artículo 15, se encuentra una definición de negligencia, como una especie de imputación. Según el legislador, “La persona que, por no proceder con el cuidado al que, según las circunstancias, está obligada y capaz de actuar con negligencia: a) Representa como posible la realización de un hecho que cumple un tipo de delito, pero sin conformarse a esta realización”; o incluso, quien “b) ni siquiera represente la posibilidad de llevar a cabo el hecho”. Este texto del artículo 15 merece, *s.m.j.*, dos apuntes críticos: el primero en cuanto al aspecto semántico del término “negligencia”, cuando, en verdad, el término imprudencia podría emplearse, como ya lo hace buena parte de la doctrina internacional, para referirse a los delitos derivados de acciones mal pensadas y sin las debidas precauciones. Así, si consideramos que una acción es negligente cuando se actúa con descuido y despreocupación¹⁵; y que actuar sin la habilidad específica necesaria para determinada tarea es una impericia, concluimos que no son más que conductas imprudentes, sin embargo, fueron utilizadas por el legislador como especies de dolo no declaradas, lo que en la

¹⁵ O, como agrega el artículo 2 del Código Penal de 1886, una “omisión voluntaria de un deber”.

práctica representa una ampliación de su concepto , con el objetivo de englobar conductas notablemente imprudentes, o incluso atenuantes de los delitos dolosos.

En la Sentencia 14/07.0TRLSB.S1, de 06/11/2014, dictada por la 3ª Sección de la Corte Suprema de Justicia, hay una clara manifestación en cuanto al tipo subjetivo del delito de blanqueo de capitales, que tiene el entendimiento de hacer frente a un delito “...esencialmente doloso, es decir, no se prevé ninguna forma de negligencia”. También según la Corte, “el delito, en cualquiera de sus grados o modalidades, es esencialmente doloso, exigiendo siempre que el agente sepa que el producto procede de un determinado tipo de actividad delictiva”. Por ello, se requiere que el agente, al realizar cualquier operación en el procedimiento más o menos complejo de conversión, enajenación u ocultamiento, tenga conocimiento de la naturaleza de las actividades que dieron origen a los bienes o productos que se conviertan, transfieran u oculten. Acertadamente, el Tribunal Supremo portugués reconoce que el conocimiento forma parte del elemento intelectual del dolo, es decir, del tipo de imputación dolosa.

Así, según dicho Tribunal, “un elemento subjetivo común a todas las conductas previstas es la exigencia de conocer el origen del objeto de la acción en uno de los ilícitos típicos precedentes, el origen de las mercancías”. En cuanto al grado de conocimiento, la Corte afirma que, para afirmar el dolo, no es necesario determinar con precisión quién fue el autor de las actividades del delito subyacente, o quién ha estado en el origen de los fondos a convertir, trasladado, transferido, encubrir o ocultar. Además, “no es necesario exigir un conocimiento detallado y pormenorizado del delito del que derivan los bienes, de lo contrario, solo unas pocas conductas serían punibles. Será innecesario conocer el tiempo, lugar, forma de comisión, autor y víctima del delito anterior”.

Todavía en la misma decisión, podemos ver la práctica común del entendimiento que autoriza la ampliación del concepto de dolo, a fin de abarcar los delitos que en la práctica no son más que imprudentes

(negligentes). Así, al añadir que “el requisito del conocimiento por parte del agente del origen delictivo de los bienes o productos sobre los que, o con relación a los que actúa, debe entenderse comprendido en la tipicidad del dolo en todas sus formas, incluido el dolo eventual”, el Tribunal está aprobando la práctica de dicha ampliación.

En buena medida, es claro que el legislador portugués, al igual que el brasileño, al optar por no sancionar el delito de blanqueo de capitales en la modalidad imprudente (negligencia, en el caso de Portugal), en realidad optó por permitir la ampliación del concepto de dolo, haciendo uso de la ficción jurídica denominada dolo eventual, cuyo fundamento en la doctrina es demasiado débil, ya que tiene una naturaleza jurídica dudosa, pues ha servido para castigar con mayor severidad delitos que en realidad fueron cometidos con imprudencia, y aún para mitigar un delito que puede haber sido cometido intencionalmente.

En este sentido, parece que la doctrina se ha ido moviendo hacia el mantenimiento de esta ficción jurídica que necesita cada vez más de tesis que bien podrían llamarse justificativas (como es la teoría de la ceguera deliberada), para atender a las necesidades inmediatas de un Estado, que parece buscar castigar por castigar, para satisfacer los anhelos de una sociedad que cada vez más se encuentra rehén de la inseguridad jurídica, y reclama la severidad de las penas, como si allí radicara la esperada justicia. Por ello, si bien es correcto reconocer que el conocimiento forma parte del elemento intelectual del dolo, el Tribunal Supremo de Justicia autoriza su ampliación conceptual para abarcar los delitos que se sabe que son imprudentes o, como señala la legislación portuguesa, negligentes. Esta realidad se impone en la jurisprudencia debido a que no en todas las sentencias hay claridad de conducta por la vía del dolo¹⁶, como lo llama la doctrina dominante,

¹⁶ En este sentido, existe la sentencia 1169/12.7TAVIS.C2.S1 (3ª Sala Penal - Relatoría de GABRIEL CATARINO), donde en la Sentencia la referencia a la conducta del agente infractor (acusado) no deja dudas al juez, quien se refirió a ella de la siguiente manera: “El demandado actuó con intención directa”.

porque considera la existencia de otros tipos de dolo, hecho con el cual parte de la doctrina¹⁷, no está de acuerdo desde hace tiempo.

c. Sobre el delito precedente – Análisis legislativo y jurisprudencial

El delito anterior es un requisito previsto en la Ley Penal portuguesa, donde el legislador predetermina, *numerus clausus*, los tipos penales que tienen la facultad de dar lugar a la tipificación del delito de blanqueo de capitales. En este sentido, el inciso 1 del artículo 368-A preconiza lo que se consideran ventajas susceptibles de caracterizar el citado delito, y el inciso 2, de manera complementaria, trata de las ventajas, donde establece que “también se consideran ventajas los bienes obtenidos “. a través de los bienes a que se refiere el número anterior”. Por tanto, en el punto 1, según el legislador, “se consideran ventajas los bienes derivados de la práctica, en cualquier forma de copago, de ilícitos típicos sancionados con una pena mínima de prisión superior a seis meses o por una duración máxima de más de cinco años o, independientemente de las sanciones aplicables, tipos penales tales como proxenetismo, asociación delictuosa, terrorismo, tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, tráfico de armas y tráfico de personas, entre muchos otros previstos en el tipo”.

La exigencia de un delito precedente (predeterminado) como condición para la configuración del delito de blanqueo de capitales¹⁸ ha sido objeto de muchas críticas a la doctrina¹⁹, dado el límite impuesto a

¹⁷ Sobre la imposibilidad de clasificar del dolo cf. ROMAGNOSI (1956. 473, § 1.340). El autor también basa su posición en el hecho de que, “pensando más profundamente las cosas, cualquiera se da cuenta de que, cuando pretenden hacer una distinción, lo que realmente hacen es una confusión, y cuando creen que hablan de malicia para definirse a sí mismos, en realidad hablan de pasión criminal”. Ídem.

¹⁸ Incluso la jurisprudencia no deja dudas sobre esta *conditio sine qua non* en relación con la necesidad de un delito predicado. En este sentido, existe la siguiente sentencia: “Hch. TRL del 18-07-2013: IX. El delito de blanqueo de capitales previsto en los 2 y 3 del art. 368.º A del Código Penal supone el desarrollo de actividades que, pudiendo integrar varias fases, tienen por objeto dar apariencia de origen lícito a bienes de procedencia ilícita, ocultando así su origen, conduciendo, en la mayoría de los casos, a “un aumento de valores, que no se comunica a las autoridades legítimas”. Sin un delito precedente como tal previsto a la fecha de la transferencia de capital, no existe delito de blanqueo de capitales”.

¹⁹ En este sentido, está la crítica de RODRIGUES (2020, 185), para quien “las dificultades de armonizar las legislaciones de los Estados miembros aún se sienten a nivel de la identificación de antecedentes penales”. También según esta autora, si bien la Decisión Marco ha definido la noción, “lo cierto es que ello no ha evitado diferentes puntos de vista en el abordaje por parte de los Estados miembros, de lo que

su alcance por la exigencia de determinados delitos denominados precedentes, como el delito de recepción, que exige que el delito antecedente se incluya en la lista de delitos contra el patrimonio, no comprendiendo bienes derivados de otros delitos, como aquellos practicados contra el Estado, por ejemplo. Esta realidad en la legislación penal de Portugal, relativa al delito de blanqueo de capitales, está en la línea de lo dispuesto por el Consejo Europeo en el punto 56 de las Conclusiones de Tampere²⁰.

Al fin y al cabo, la exigencia de un delito precedente resulta insignificante si asumimos que independientemente de cuál haya sido el delito original, éste no tendrá la facultad de descalificar el delito de blanqueo de capitales, ya que tiene sus propias características y requisitos previos independientes de cualquier otra naturaleza jurídica para que se verifiquen los suyos. Es decir, independientemente de cuál haya sido el delito anterior, los tres pasos ya mencionados seguirán siendo necesarios para la realización del delito de blanqueo de capitales (*supra*²¹).

Una observación que llama la atención en relación con el delito precedente es su prevalencia en gravedad, en relación con el delito de blanqueo de capitales, lo que ha sido confirmado por la jurisprudencia, que ha puntuado un estatus de mayor gravedad al delito precedente, lo que influye directamente la sanción a aplicar. En este sentido, se encuentra la sentencia RP20170621131/12.4TELSB-D.P1, donde, en una sola decisión en juicio de conflicto de competencia, la Corte resolvió que “La sanción aplicada al delito de blanqueo de capitales no puede exceder del límite máximo de la pena más alta de entre las previstas para los ilícitos típicos de los que proceden los aprovechamientos, de

constituye un delito determinante, lo que dificulta su identificación cuando se encuentra ante un posible delito de blanqueo de capitales dentro de la Unión Europea”.

²⁰ En el apartado 56, la conclusión es la siguiente: “El Consejo Europeo invita al Consejo a que haga extensivas las competencias de Europol al ámbito general del blanqueo de capitales, independientemente del tipo de delito del que procedan los beneficios del blanqueo”. En este punto, es posible ver que el legislador portugués, hasta el momento, no ha cumplido con la “invitación” del Consejo, y aún mantiene una restricción sobre la eficacia de la ley penal, en lo que respecta al delito de blanqueo de capitales.

²¹ Cf. *supra* p. 6.

manera que, si en un mismo proceso se juzga el delito de blanqueo de capitales y uno de los delitos del catálogo el denominado "delito precedente", el delito de blanqueo de capitales no es el delito más grave".

Como argumenta el propio STJ, en el derecho penal portugués, el delito de "blanqueo de capitales, para usar una fórmula simplificada, presupone un delito principal (*predicated offence*)"²². Así, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia ha orientado sus decisiones sobre el delito de blanqueo de capitales en el sentido de no dejar dudas sobre la relevancia otorgada al delito precedente por la justicia portuguesa, cuando se manifiesta, por ejemplo, para establecer jurisprudencia en el tema del autolavado, donde el autor del delito de blanqueo de capitales es también autor del delito anterior, posibilidad impensable antes de la reforma de 2004.

En una reciente decisión del STJ (1169/12.7TAVIS.C2.S1 - 4/11/2020), se observa que se mantiene una línea jurisprudencial que no apunta a una universalización del delito precedente, ya que la relevancia otorgada a el papel de tales delitos, como condición para el lavado, así como el autolavado. En ese sentido, se cuenta con la Sentencia del STJ, de fecha 6/11/2014, Expediente 14/07.OTRLSB.S1 - Sección 3ª, informada por el Excmo. Consejero Raúl Borges, en el que se puede leer que "el lavado de activos constituye un delito secundario o de segundo grado, en el sentido de que presupone la realización previa de un ilícito".

Según la Corte, "Esta relación entre el blanqueo y el hecho anterior, la relación genética entre el blanqueo y el delito que genera ingresos, utilidades necesarias para lavar, no impide la afirmación de la autonomía del blanqueo". Y que el "delito de blanqueo de capitales es estructuralmente autónomo del delito subyacente". Asimismo, según el

²² También según el Supremo, este delito predicado se presenta "con otras, variadas denominaciones, a nivel del derecho europeo e internacional, tales como delito previo, delito original, delito presupuesto, delito base, delito primario, delito antecedente, delito precedente, hecho referencial., delito señalado en la incriminación (así Germano Marques da Silva). Ver STJ - Recurso Penal No. 5/14.4GHSTC.E1.S1-SECCIÓN 3ª.

Tribunal Supremo, “el autor del acto anterior puede ser autor del delito de blanqueo de capitales, es decir, el autor del delito base puede ser perseguido acumulativamente por reciclar sus productos. En vista de la ley vigente, es posible sancionar al autor del delito subyacente por blanqueo de capitales, en concurso real”.

2.3 El blanqueo de capitales como delito en el ordenamiento jurídico español

a. Pronóstico legislativo

El delito de blanqueo de capitales está previsto en cuatro artículos del Código Penal español, a saber: El artículo 301, en el que el imputado puede ser condenado a pena de seis meses a seis años, más multa correspondiente al triple del valor de los bienes de que se trate, si adquiere, posee, utiliza, convierte o transmite bienes, a sabiendas de que tienen su origen en una actividad delictiva, practicada por él o por cualquier tercero, o realiza cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o ayudar al infractor a evitar las consecuencias jurídicas de sus actos. La redacción actual relativa al blanqueo de capitales es producto de un proceso de evolución, cuyo ritmo siempre ha sido y es dictado por normas internacionales, a saber, los dictados de la Convención de Viena de 1988, la Convención del Consejo de Europa de 1990, pero principalmente por las directivas y reformas bajo la influencia de las Recomendaciones del GAFI, así como del Tratado de Ámsterdam en cuanto, principalmente, a la tipificación del blanqueo de capitales en la modalidad imprudente, como se observará en el siguiente tema.

b. Sobre la tipificación de la modalidad imprudente - Análisis legislativo y jurisprudencial

Ab initio, cabe señalar que España es uno de los países que ha adoptado una importante recomendación emanada del texto final del Tratado de Amsterdam, en particular el apartado “b” de la recomendación 26, relativo a la necesidad de tipificar la modalidad

imprudente del delito de blanqueo de capitales²³. De forma sucinta, el Código Penal español trata la cuestión de la imputación en su parte general en dos momentos: en el artículo 5, donde recomienda que “no hay pena sin dolo o imprudencia”; y en el artículo 10, que señala que “son delitos o faltas las acciones y omisiones, dolosas o imprudentes, punibles por la Ley”.

Llama la atención en esta disposición que el legislador no incluyó en el texto el concepto de delito doloso o imprudente, limitándose a exponerlos únicamente como una especie de imputación. Es decir, no queda claro cuándo el delito se comete en forma de dolo o imprudencia (grave, como preconiza el inciso 3 del citado artículo 301), dejándose tal distinción a la doctrina y la jurisprudencia. En esa línea, algunos puntos han llamado más la atención de la doctrina que otros, como la cuestión del inciso 3 del artículo 301, que trata de los delitos imprudentes graves. Este artículo deja dudas sobre qué elementos del delito cometido con dolo deben recaer en la imprudencia grave.

CRESPO (2017, 230), por ejemplo, cuestiona si el conocimiento del origen ilícito del dinero o también los actos de conversión, transmisión, etc. Según este autor, la doctrina dominante ha sido en el sentido de que recae únicamente sobre el conocimiento de la procedencia ilícita, y no sobre los hechos. Tratándose del mismo tipo (301.3) FABIAN CAPARRÓS (2010, 59-86) dice que cabría imaginar que este precepto castiga a quien, por ejemplo, actúa involuntariamente - sin embargo, viola su deber objetivo de cuidado²⁴ - actos de conversión o transferencia de bienes de origen delictivo; o incluso por los que, según los fiadores, incumplen negligentemente los deberes inherentes a la inspección y no impiden su realización. Citando FABIÁN CAPARRÓS (2011, 15 y ss.), BERMEJO (2015, 327, 326), entre otros, VARELA (2016, 236 e 237) llama la atención sobre el hecho de que, en la actualidad, la doctrina española se encuentra dividida en cuanto a la

²³ Cf. *supra* p. 3, nota 1.

²⁴ En cuanto a este deber de diligencia, según BLANCO CORDERO (2012, 686), este conocimiento de que trata el tipo puede afirmarse cuando el autor logró representar la posibilidad del origen ilícito de los valores.

comprensión del blanqueo imprudente, pues mientras para un sector se trata de una infracción especial que sólo pueden cometer los agentes que están vinculados a las normas administrativas, para otro sector, es un delito común y, por tanto, puede ser cometido por cualquier persona.

Al respecto, existe la jurisprudencia emitida el 21 de diciembre de 2016 por el Tribunal Supremo español (STS 970/2016), que confirmó una sentencia de instancia que versaba sobre el delito de blanqueo de capitales (delito contra la hacienda pública), que, en definitiva, se refiere al impago del impuesto sobre la compra y posterior venta de un inmueble situado en territorio español, aunque el demandado no resida en dicho país. La principal razón para confirmar la sentencia fue la aplicación de la teoría de la ceguera deliberada, donde, según el Tribunal, citando la Sentencia 33/2005, de 19 de enero, el delito de blanqueo de capitales no requiere dolo directo, basta el dolo eventual, o bien ponerse en la posición de ignorancia deliberada de quien, pudiendo y teniendo que conocer la naturaleza del acto o colaboración solicitada, se encuentra en la situación de no querer saber, sin embargo, colabora, y por tanto, se hace merecedor de las consecuencias penales resultantes de su acto ilícito²⁵.

En otro punto, citando la Sentencia 1349/2005, de 17 de noviembre, el Tribunal Supremo confirma que el dolo en el delito de blanqueo de capitales se materializa en la intención del sujeto de realizar la acción típica que consiste en la adquisición, conversión o transferencia de bienes provenientes de hechos delictivos. La decisión del Tribunal Supremo es de gran relevancia en la medida en que configura una jurisprudencia que avala la aplicación de la denominada teoría de la ceguera intencional (importada del *Common Law*), tal y como se viene comprobando desde 2009²⁶, cuando el Tribunal Supremo resolvió que, en los casos previstos en el Código Penal español, incurre

²⁵ Ver SSTs, 236/2003 de 17 de febrero, 628/2003 de 30 de abril o 785/2003 de 29 de mayo.

²⁶ Ver la Sentencia - STS 1257/2009, de 2 de diciembre.

en responsabilidad incluso quien obra con ceguera deliberada, respondiendo en unos casos con dolo eventual, y en otros como culposo. En el primer caso, cuando haya representación y el sujeto considere posible el origen delictivo de los bienes y, a pesar de ello, actúe confiando en que no se producirá el resultado u ocultamiento de su origen; y segundo, cuando no existe la representación, es decir, cuando el sujeto no prevé la posibilidad de que se produzca un delito de blanqueo, pero debe haber representado la existencia de indicios reveladores del origen ilícito del dinero. En este caso, existe un deber de saber que le impide hacer la vista gorda ante circunstancias sospechosas.

La posibilidad de imputación por imprudencia (lo que no ocurre en el caso de Portugal y Brasil, donde simplemente no existe tal disposición)²⁷ Puede comprobarse, por ejemplo, en la sentencia 1034/2005, donde el Tribunal Supremo avala el entendimiento de que, en los delitos de blanqueo de capitales cometidos con imprudencia, se sustituye el elemento intelectual de conocimiento en el tipo subjetivo por el elemento subjetivo de imprudencia grave. Esto ocurre, según la Corte, porque en este tipo no se requiere que el sujeto conozca el origen de los bienes, sino que, por las circunstancias del caso, esté en condiciones de conocerlos únicamente observando las precauciones inherentes a su actividad. Sin embargo, actuó al margen de tales cautelas o incumplió los deberes de cuidado que se le exigían y los que, aun en determinadas formas de actuación, le imponían normativamente el deber de investigar el origen de los bienes o abstenerse de operarlos cuando su procedencia no estaba claramente establecida²⁸.

No obstante el vanguardismo de la legislación española en cuanto a la tipificación del delito imprudente en los delitos de blanqueo de capitales, pesa contra esta jurisprudencia y la propia legislación el hecho de que no hubo una aclaración previa sobre la cuestión de la

²⁷ Esta posibilidad (disposición legislativa) también puede verificarse en Alemania y Luxemburgo.

²⁸ Sentencia 1034/2005 del Tribunal Supremo. Sala Penal. Crimen de Blanqueo de Capitales (Poder Judicial de 14 de septiembre de 2005).

imputación, ya que en un principio se utiliza una teoría del derecho consuetudinario (ceguera deliberada) para “sustanciar” (justificar) una imputación por la vía del llamado dolo eventual²⁹, y en un segundo momento, aplica una sanción por imprudencia grave, sin, sin embargo, determinar su formación y fundamento, así, lo que se evidencia es la aplicación de una ley penal muy similar a la aplicada en Brasil (exceptuando la ausencia en este, de la previsión del delito de blanqueo de capitales, en la modalidad imprudente), como se verá más adelante, pero con la habitual aplicación doctrinaria relativa a un ordenamiento jurídico distinto, in casu, del *common law*.

c. Sobre el delito precedente – Análisis legislativo y jurisprudencial

Como puede verse, el legislador español no menciona, en la primera parte del punto 1 del citado artículo 301 del Código Penal, el denominado delito precedente, por tanto, basta que los bienes sean producto de un delito³⁰. No obstante, en la segunda parte, recomienda que la pena se aumente en su mitad superior si los bienes provienen de delitos relacionados con el tráfico de drogas y estupefacientes o psicotrópicos previstos en los artículos 368 a 372 del Código Penal, en cuyo caso, tanto en los bienes, al igual que los medios, instrumentos y eventuales ganancias serán objeto de confiscación, en los términos del artículo 374 del mismo Código³¹.

²⁹ En el mismo sentido, se encuentra la siguiente sentencia del Supremo español: STS 4.934, 2012, sentenciada el 9 de julio de 2012. Disponible en <https://bit.ly/3ckQR22>. Consulta realizada el 28/01/2021, a las 14:41 pm.

³⁰ Esta redacción sitúa a España como un país que adopta legislación de 3ª Generación en la lucha contra el delito de blanqueo de capitales y, en consecuencia, un ejemplo a seguir.

³¹ El mismo aumento se producirá si el delito anterior se incluye en la lista de los delitos siguientes: Capítulos V (Cohecho), VI (Tráfico de influencias), VII (Desfalcos), VIII (Estafas y exacciones ilícitas), IX (Negociaciones y actividades prohibidas de los funcionarios públicos y los abusos en el ejercicio de sus funciones) y X (La provocación, conspiración y proposición) del Título XIX (Delitos contra la administración pública) o en cualquiera de los delitos del Capítulo I del Título XVI (De los delitos relacionados con la ordenación del territorio y urbanismo, protección del patrimonio histórico y del medio ambiente). Sin embargo, lamentablemente no se incluyen los delitos contra la administración de justicia, previstos en el Título XX del citado Código.

Existe, por tanto, la exigencia de determinados delitos precedentes sólo como factor preponderante de aumento del quantum penal, pero no como condición a la configuración del delito de blanqueo³². Si bien ha habido serias discusiones doctrinales sobre, por ejemplo, la posibilidad de que el delito fiscal sea tomado como precedente³³, sin embargo, la jurisprudencia española no deja dudas sobre la naturaleza jurídica de este delito, añadiendo que, según el derecho penal español, un delito fiscal, en principio, no está excluido de ser un delito precedente de blanqueo de capitales, dado que se considera, en cualquier caso, una infracción grave³⁴.

2.4 El blanqueo de capitales como delito en el ordenamiento jurídico brasileño

a. Pronóstico legislativo

El instituto de blanqueo de capitales en Brasil se rige por la Ley 9.613, de 3 de marzo de 1998, modificada por la Ley 12.683, de 9 de julio de 2012, que trajo cambios relevantes al diploma anterior, como la extinción de la lista de delitos anteriores. Según el nuevo texto, cualquier delito o falta capaz de producir activos financieros de procedencia ilícita puede ser considerado como precedente para ratificar el delito de blanqueo de capitales. Este cambio elevó a Brasil a la categoría de país con legislación de 3ª generación en la lucha contra el delito de blanqueo de capitales, al igual que España³⁵.

Así, según el nuevo texto del artículo 1 de la Ley de Blanqueo de Capitales, quien “oculte u disimule la naturaleza, el origen, la ubicación, la disposición, el movimiento o la propiedad de bienes,

³² Sin embargo, no ocurre lo mismo en relación con el delito de recepción que, a diferencia de la legislación portuguesa, que sólo los reconoce si los bienes de que se trata proceden de delitos contra la propiedad, con exclusión de todos los demás, en la legislación española existe una pequeña ampliación de este ámbito. , comprendiendo también los delitos contra el orden económico, en los términos del *caput* del artículo 298, que establece que: “Quien, con ánimo de lucro y con conocimiento de la práctica de un delito contra la propiedad o el orden socioeconómico, en el que haya no actuando como autor o cómplice, ayuda a los responsables a aprovecharse de sus rentas, o las recibe, adquiere u oculta tales rentas, será reprimido con pena privativa de libertad de seis meses a dos años”. (traducido y subrayado).

³³ Sobre este tema cf. BLANCO CORDERO (2011).

³⁴ Ver Roj: STS 3191/2020 - ECLI: ES:TS:2020:3191. Sentencia 28079120012020100521, Tribunal Supremo. Sala de lo Penal, Sección: 1, de 14/10/2020, pág. 404.

³⁵ Cf. *supra*.

derechos o valores que provengan, directa o indirectamente, de una infracción criminal". Y como se recomienda en el § 1 del citado artículo, "la misma pena se aplica a quien, con el fin de ocultar o encubrir el uso de bienes, derechos o valores derivados de un delito: I – los convierte en bienes lícitos; II - los adquiere, recibe, permuta, negocia, da o recibe en garantía, los guarda, los tiene en depósito, los mueve o los transfiere; III - importa o exporta bienes con valores que no corresponden a los reales" (énfasis añadido). Además, según el § 2º del citado artículo, también se impone la misma pena a quien: I - utilice, en actividades económicas o financieras, bienes, derechos o valores derivados de un delito; II - participe en un grupo, asociación u oficio sabiendo que su actividad principal o secundaria está dirigida a la práctica de los delitos previstos en esta Ley".

El término infracción penal es uno de los cambios más relevantes en la Ley de Blanqueo de Capitales, en la medida en que elimina la lista exhaustiva de delitos anteriores, pasando a considerar cualquiera y todos los tipos delictivos como precedente suficiente susceptible de configurar el delito de blanqueo de capitales, incluyendo las infracciones penales menores, por tanto, consideradas las de menor potencial ofensivo, con el ejemplo principal del llamado "*jogo do bicho*"³⁶.

b. Sobre la incriminación de la modalidad culposa (imprudente)
– Análisis legislativo y jurisprudencial

La inexistencia del método culposo (imprudente) de imputación del delito de blanqueo de capitales puede ser vista, en gran medida, como un obstáculo para la efectividad del derecho penal en Brasil, ya que ha llevado a resultados que han demostrado ser en desacuerdo con los dictados y principios que guían el derecho penal, es decir, cuando se han utilizado "alternativas" poco fiables como refugio ante la falta de

³⁶ Así considerado un tipo de apuestas, es decir, una especie de intercambio ilegal de apuestas sobre números que representan animales, que en gran medida es parte de la cultura brasileña, con la ciudad de Río de Janeiro como su principal nicho.

una legislación específica. Un ejemplo de ello es la creciente aplicación de la llamada teoría de la ceguera deliberada, que ha dado una base errónea para la imputación en la modalidad ficticia de dolo eventual.

En otras palabras, es la falta de previsión sobre qué hacer con las consecuencias accesorias derivadas de la conducta imprudente lo que motiva a la jurisprudencia a seguir caminos, jurídicamente poco seguros, para imputar responsabilidad penal al imputado cueste lo que cueste. En consecuencia, muchas veces se han alzado luchando por un cambio en la legislación para incluir la modalidad de imputación culposa por delitos de blanqueo de capitales. Según CARDOSO, esta modalidad penal puede practicarse “en la modalidad culposa”, cuando el lavador no tenía forma de saber que las cantidades recibidas eran ilícitas, sin embargo, por las circunstancias de hecho, podía o debía presumir que se trataba de dinero sucio, es decir, es la falta de cautela en su conducta lo que supone un lavado³⁷. En este contexto, no es exagerado afirmar que la incorporación de la modalidad culposa (quizás no en el modelo ahora defendido) en el delito de blanqueo de capitales puede evitar excesos punitivos o atenuantes de la propia sanción, como los que a menudo se han visto en la jurisprudencia.

El instituto de la imputación en el Código Penal brasileño está preconizado en el artículo 18 y tiene prácticamente el mismo texto desde hace 80 años, dado que sufrió una leve modificación en 1984³⁸. Según esse artículo: “diz-se o crime I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; diz-se o crime II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”. También está el párrafo único, que recomienda que “salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”.

³⁷ CARDOSO (2015, 171). En una entrevista con motivo de la publicación de su libro, esta autora declinó que la dudosa expansión punitiva que ha permitido a los jueces tipificar el delito de blanqueo de capitales también en la modalidad de dolo eventual, basándose incluso en la teoría de la ceguera dolosa, amplió indebidamente el ámbito de la sanción de la práctica delictiva, a tal punto que ha coexistido pacíficamente con la indebida amonestación de la modalidad de culpa disfrazada de dolo. Disponible en <https://bit.ly/2MgK0QK>. Consulta realizada el 22/01/2021, a las 17:09 pm.

³⁸ Ley N° 7.209, de 11 de julio de 1984, que modificó disposiciones del Decreto-Ley N° 2.848, de 7 de diciembre de 1940.

Son muchas las críticas que sufre el texto en cuanto a la imputación, principalmente en relación con la duda del inciso I, ya que no es exhaustivo al referirse al delito doloso, pues trae dos definiciones en lugar de una, lo que ha dejado espacio para la aplicación de la ficción jurídica denominada dolo eventual, entendiendo ésta como consecuencia del riesgo eventualmente asumido por el agente infractor. De esta forma, se tiene un concepto de dolo muy amplio, dejando al Poder Judicial un amplio margen, a su juicio, para entender cuándo se está ante la culpa consciente o del llamado dolo eventual, bajo el sello de “legalidad” de la segunda parte del dicho artículo 18.

Por otro lado, el texto del ítem II también atrae críticas, por contener una redacción antigua, y, como la anterior, anclada en el Código Rocco³⁹, de Italia. A pesar de ser un precepto resultante de un Estado dictatorial, ya que fue elaborado bajo la égida del Estado Novo, en la Era Vargas, aún trae consigo la imprudencia, la negligencia y la incompetencia, como especies de imputación culposa, modelo desarrollado por Manzini, quien sostenía esa culpa se dividía en tres tipos: imprudencia, negligencia e impericia⁴⁰. Una dudosa redacción como la observada en el inciso I del artículo 18, y otra incompatible con las tendencias modernas que dictan el curso del derecho penal moderno, como se observa en el texto del inciso II del mismo artículo, ha dejado lugar a la absorción, tanto por la doctrina, como por la jurisprudencia, de tesis y teorías ajenas que no siempre se han mostrado viables para la solución de problemas derivados de la dificultad de atribuir responsabilidad penal a los agentes infractores en los distintos tipos de delitos, como el delito de blanqueo de capitales, donde el Supremo Tribunal Federal sorprendió al adoptar la denominada teoría de la ceguera deliberada como herramienta para

³⁹ El Código Rocco, como se le conoce, se basó en la idea de una fuerte punibilidad por parte del Estado en relación con el sujeto, fruto del momento político ideológicamente en conflicto con las ideas democráticas y la libertad de expresión, donde la idea de protección a toda costa del sujeto estatal, el cual debe ser protegido contra cualquier amenaza del sujeto delincuente. En la práctica se utilizó la idea de un derecho penal de autor, donde el castigo era más por lo que era el sujeto, y no por lo que había hecho.

⁴⁰ MANZINI (1946, 648).

imputar responsabilidad penal a los imputados del delito de blanqueo de capitales, como se verá en el siguiente tema.

La falta de previsión en la legislación brasileña sobre la posibilidad de incriminar al agente en la modalidad imprudente (culposa) de este delito “ha sido” eludida por la jurisprudencia, que ha aplicado tal sanción a través de dispositivos doctrinarios provenientes del *common law*, como la teoría de la ceguera deliberada, creada inicialmente en Inglaterra y aplicada en gran escala por los Estados Unidos, que la perfeccionó y la exportó a países como España y Brasil, que ha ido adoptando en la jurisprudencia, sin embargo, sin disposición legislativa alguna.

Se considera ceguera deliberada el hecho de que el agente tenga conocimiento del posible origen ilícito de los delitos, pero que, sin embargo, deliberadamente, busque crear mecanismos que le impidan conocer dicho origen. En Brasil, el punto de partida fue una decisión de Primera Instancia emitida por el Tribunal Federal del estado de Ceará, sobre el robo a un banco⁴¹, en el cual el magistrado condenó a dos empresarios, propietarios de una concesionaria de vehículos, en virtud de lo artículo 1º, incisos I, V y VII, § 1, I, § 2, I y II de la Ley 9.613/98 (Ley de Blanqueo de Capitales), por haber, sin notificar a cualquier autoridad, recibido la suma de BRL 980.000,00 (novecientos ochenta mil reales), en billetes de cincuenta reales en bolsas de nailon, por la venta a extraños, de once vehículos de alto valor, como tres camionetas Mitsubishi L200, dos Mitsubishi Pajero Sport y un Mitsubishi Pajero Full.

También habrían recibido, sin cuestionamientos, el valor de R\$ 250.000,00 como reserva para "futuras compras". Dicha decisión fue oportunamente modificada por el Tribunal Regional Federal de la 5ª Región. Otro hecho que puede considerarse pionero fue realizado por el propio Supremo Tribunal Federal, que sentó un peligroso precedente en

⁴¹ Se trata del Proceso Penal N° 2005.81.00.0145860 relativo al hurto ocurrido en el Banco Central de Brasil, en la ciudad de Fortaleza, capital de Ceará, donde fue sustraído el valor de R\$ 164.755.150,00 en efectivo, practicado por una banda, habiéndose dado a conocer como el atraco a un banco más grande del mundo.

la sentencia de la Acción Penal 470, que versó sobre el llamado *mensalão*⁴². En su momento, la Corte, por mayoría, optó por condenar a los imputados en los términos del artículo 1 de la Ley de Blanqueo de Capitales, en la modalidad de imputación denominada dolo eventual, con “fundamento” en la teoría de la ceguera deliberada, en decisión que, por el bien de la verdad, dividió a la Corte a favor y en contra de la aplicación de tal entendimiento. Otra decisión⁴³ es la que emitió el entonces juez federal Sergio Moro, en medio de la denominada Operación Lava Jato, cuando los imputados por nueve delitos de blanqueo de capitales, según el art. 1º, *caput*, de la Ley 9.613/98, por haber recibido el producto del delito de corrupción, utilizando para ello conductas de encubrimiento y disimulo que le daban apariencia de legalidad.

c. Sobre el delito precedente – Análisis legislativo y jurisprudencial

El aspecto jurisprudencial del delito de blanqueo de capitales ha encontrado una rica fuente de investigación en la jurisprudencia brasileña, especialmente a partir de 2014, con el advenimiento de la mayor operación de combate a los delitos de cuello blanco en la historia del derecho brasileño, en particular el delito blanqueo de capitales, en el ámbito del denominado operativo “lava-jato”, cuya principal fuente legislativa aplicada como fundamento fue la ley de “Lavagem de Dinheiro”, creada por la Ley 12.683, de 9 de julio de 2012, y que, como se ha dicho, posicionó la legislación brasileña para combatir esta modalidad penal a la selecta 3ª generación de Leyes, ya que, como se ha dicho, pasó a considerar cualquier delito o falta como antecedente suficiente para su configuración, cambiando el término “delito” por

⁴² Denominación por la que se conoció el esquema de compra de votos de los parlamentarios, que culminó en una acción desencadenada en el primer mandato de gobierno de Luís Inácio Lula da Silva (PT - Partido dos Trabalhadores), como presidente de Brasil.

⁴³ Acción Penal No. 501340559.2016.4.04.7000/PR.

infracción penal, excluyéndola, así, de la lista exhaustiva presente en la norma anterior.

Un ejemplo de la aplicación de este dispositivo es la reciente decisión⁴⁴ realizado por el Tribunal de Justicia del Estado de Minas Gerais, donde hubo cita expresa de este cambio en la legislación, y donde la infracción denominada “jogo do bicho” fue considerada suficiente como precedente penal para ratificar la práctica del delito de blanqueo de capitales. En la sentencia, la Corte destacó la modificación introducida por la ley, con la sustitución del término “*crime*” por “*infração penal*”, que comprendía naturalmente faltas penales, como el “jogo do bicho”.

3. Conclusión

Este trabajo, que no pretende ser definitivo sobre los temas abordados, sino tan solo abrir una discusión jurídico-académico-doctrinal, tuvo como principal objetivo buscar respuesta a la interrogante acerca de en qué medida la exigencia de una lista exhaustiva de delitos y la no tipificación del delito imprudente en el blanqueo de capitales pueden influir en la cuestión de la eficacia y dignificación del derecho penal, con base en el ordenamiento jurídico portugués, español y brasileño. En cuanto a la exigencia de una lista exhaustiva de los delitos anteriores, la conclusión es que constituye un problema para la aplicación del derecho penal en la actualidad, en la medida en que limita su desempeño y su consecuente eficacia, como se verifica en la doctrina de Portugal, a pesar de la recomendación formulada por el Consejo Europeo en el punto 56 de las Conclusiones de Tampere. Por otro lado, España y Brasil forman parte de la 3ª generación de legislación en la lucha contra el delito de blanqueo de capitales, ya que no se exige una lista exhaustiva de delitos anteriores, excepto en España, donde se verifica esta lista que tiene el objetivo de aumentar la pena, si se observan como antecedentes determinados

⁴⁴ (TJ-MG - CJ: 10000200739845000 MG, Relator: Bruno Terra Dias, Fecha del juicio: 06/10/2020, Câmaras Criminais / 6ª CÂMARA CRIMINAL, Fecha de publicación: 16/10/2020).

delitos, como los fiscales, por ejemplo. En cuanto a la tipificación de la modalidad imprudencia del delito de blanqueo de capitales, vuelve a tener un protagonismo de España, ya que ha observado la recomendación 26 del Tratado de Ámsterdam, que recomendaba la tipificación de esta modalidad de imputación en los delitos de blanqueo de capitales.

Por otro lado, Portugal y Brasil no cuentan con una disposición legislativa para tal modalidad en estos delitos. Sin embargo, hubo un punto común en la jurisprudencia de los tres países respecto a estos delitos, que fue el uso de la teoría de la ceguera deliberada⁴⁵ como base para la condena de los imputados como dolo eventual, actuando esta teoría como justificación del uso de una ficción jurídica (dolo eventual) que no es sustentada por el ordenamiento jurídico moderno y que ha tropezado cada vez más con obstáculos doctrinales, razón por la cual ser cada vez más recurrente el uso de las llamadas tesis justificantes.

Y en este punto, se pudo constatar que tanto la exigencia de una lista exhaustiva de delitos anteriores, como la no tipificación del delito imprudente, no respaldan y no son consistentes con las recomendaciones emitidas por los órganos de Naciones Unidas (notablemente en las diversas convenciones internacionales sobre la lucha contra el delito de blanqueo de capitales), en tanto utilizan reiteradas tesis y teorías que solo intentan justificar la voluntad del Estado juzgador, lo que permite concluir que estos dos fenómenos,

⁴⁵ Considerando que, por indiferencia, existe un deliberado estado de tranquilidad de quienes no se involucran o no quieren involucrarse en determinadas situaciones, mostrando deliberadamente una falta de desapego, interés, atención, cuidado, consideración e incluso descuido, y desprecio (porque finge ausencia de emoción o interés hacia cualquier estímulo, apatía, ataraxia, no dejarse llevar por sentimientos como el amor, el odio, la ira), y también muestra frialdad y desapego, también deliberado; y, considerando que por ceguera deliberada existe la conducta de un sujeto que deliberadamente crea ciertos mecanismos que le impiden representar ciertos hechos, renunciando a adquirir conocimientos que lo comprometan a la práctica intencional de un delito, se concluye que, para lo que todo indica, la teoría de la ceguera voluntaria está anclada doctrinalmente en los mismos fundamentos que la teoría de la indiferencia, desarrollada hasta el agotamiento por ENGISCH (1930), que pretendía, apoyándose en las teorías de la posibilidad y la probabilidad, dar sustento a la aplicación irrestricta de la ficción jurídica del dolo eventual, logrando un éxito considerado, notablemente en la doctrina alemana, que luego se irradiaría a buena parte del mundo occidental, tanto del derecho civil, y del *common law*, como se ha observado en el caso de la aplicación de la teoría llamada ceguera deliberada. Acerca de ENGISCH cf. mais detalhes em RUDÁ (2020, p. 212 e ss).

aliados a la tradicional metodología de imputación, aparecen como posibles problemas que subyacen a la eficacia y dignificación del derecho penal en España, Portugal y Brasil, especialmente en lo que se refiere a la lucha contra el delito de blanqueo de capitales.

4. Referencias bibliográficas

- ALVES. José Belmiro. *Branqueamento de capitais. O melanoma das economias modernas*. Disponible en <https://bit.ly/3sDk11L>. Consulta realizada el 19/01/2021, a las 6:50 am.
- BCFT - Comisión de Coordinación de Políticas para Prevenir y Combatir el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo. Establecido por la Resolución del Consejo de Ministros 88/2015, de 1 de octubre.
- BERMEJO, Mateo G. *Prevención y Castigo del Blanqueo de Capitales. Una Aproximación desde el Análisis Económico del Derecho*. Tesis doctoral UPF/2009, 2015.
- BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*, 3ª edición, Aranzadi: 2012.
- _____. *El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. RECPC 13-01 (2011), – Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc>.
- CAPARRÓS Fabián, «Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre el blanqueo imprudente», en RGDP, 2011.
- CARDOSO, Débora Motta. Criminal compliance -- Na perspectiva da Lei de Lavagem de Dinheiro. 1ª Edição. São Paulo: LiberArs, 2015.
- CRESPO, Eduardo Demetrio. *El blanqueo imprudente: algunas reflexiones sobre normativa de prevención y deber de cuidado*. Texto de la ponencia presentada en el V Congreso sobre Prevención y Represión del blanqueo de dinero celebrado en Santiago de Compostela los días 20-21/07/2017.
- DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *El blanqueo de capitales en el Derecho español*. Dykinson, 1999.
- DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *El blanqueo de capitales precedente del tráfico de drogas*. Actualidad Penal, nº32, 1994.

FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A., “*Algunas observaciones sobre el blanqueo imprudente de capitales (aspectos doctrinales y jurisprudenciales)*”, en *Iustitia*, n° 8, 2010, pp. 59-86.

_____. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Colex, 1998, p. 49 y s.

FLORES, Beatriz Romero. *El delito de blanqueo de capitales en el código penal de 1995*. Anales de Derecho. Universidad de Murcia. Número 20. 2002. Págs. 297-333. Disponible en <https://bit.ly/2XSiDdN>. Consulta realizada el 19/01/2021, a las 9:32 am.

ENGISCH, Karl, *Untersuchungen über Vorsat und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. Berlin: Liebmann, 1930.

MANZINI, Vincenzo, *Istituzioni di Diritto Penale Italiano*, Vol. I. *Parte Generale*, Ottava Edizione Aggiornata, Verona, CEDAM – PADOVA, 1946.

RIBOLI. Eduardo Bolsoni. *A harmonização de disposições legislativas em matéria penal como instrumento de cooperação judiciária na União Europeia: finalidades e dificuldades*. Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 5, n. 2, p. 819-854, mai-ago 2019.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito penal econômico: uma política criminal na era compliance*. 2ª Edição. Coimbra: Almedina, 2020.

ROMAGNOSI, Gian Domenico. *Génesis del Derecho Penal*, Bogotá, Temis, 1956.

RUDÁ, Antonio Sólón. *Dolo e Imprudencia, un viaje crítico por la historia de la imputación*. Barcelona: Bosch, 2020.

VARELA, Lorena. *Razón filosófico-política a favor de la criminalización del blanqueo de capitales imprudente*. UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología, 3.a Época, n.o 16 (2016).

SOBRE O AUTOR

Antonio Sólón Rudá

Ph.D. student (Ciencias Penales en la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra - Portugal); e MSc student (Teoría del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa, Portugal).
Abogado.