

SOBRE LA AMPLIACIÓN DEL COMISO Y EL BLANQUEO, Y LA INCIDENCIA EN LA RECEPCIÓN CIVIL

Gonzalo Quintero Olivares

Catedrático de Derecho penal. Universitat Rovira i Virgili (Tarragona)

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la recepción civil. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2010, núm. 12-r2, p. r2:1-r2:20. Disponible en Internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-r2.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 12-r1 (2010), 8 mar]

RESUMEN: El proyecto de reforma del CP contempla la ampliación del comiso de modo que pueda alcanzar a los bienes que tenga en su poder el condenado sin poder dar razón bastante del origen lícito de su adquisición. Es patente de que en el fondo late la presunción de que serán de origen delictivo. Esa regla se suma a la que ya ofrece el art. 122 CP, denominada “recepción civil” en medios forenses, en cuya virtud han de ser restituidos los

bienes que procedentes de delitos estén en poder de alguien por título lucrativo. Pero, además, el Proyecto de Reforma entra también en el terreno del delito de blanqueo ampliando el círculo de posibles autores y las posibilidades de comisión, incorporando la mera posesión. Se trata de normas en cierto modo complementarias y, en buena medida, reglas que permiten obviar dificultades probatorias, sea sobre la real procedencia del bien o sea sobre el alcance del dolo de quien recibe beneficios materiales de mano de quien ha cometido un delito.

PALABRAS CLAVE: Comiso, blanqueo de capitales, recepción civil, presunción de origen delictivo, proyecto, reforma penal.

Fecha de publicación: 8 marzo 2010

SUMARIO: I. UNA LÍNEA POLÍTICO CRIMINAL: PERSEGUIR EL DINERO. II. LA AMPLIACIÓN DEL COMISO. III. LA AMPLIACIÓN DEL BLANQUEO. 1. La incorporación del “autoblanqueo”. 2. La posesión como blanqueo. IV. EL ENCAJE DE LA PARTICIPACIÓN A TÍTULO LUCRATIVO TRAS LA REFORMA. 1. Las condiciones para la declaración de PTL. 2. La PTL, entre el comiso, la recepción y el blanqueo. 3. La diferenciación subjetiva. V. RECAPITULACIÓN.

I. UNA LÍNEA POLÍTICO CRIMINAL: PERSEGUIR EL DINERO

Hace ya bastantes años que los acuerdos internacionales para la lucha contra la criminalidad organizada y contra la corrupción aconsejan u ordenan a los legisladores intervenciones contundentes sobre los bienes de los responsables de delitos. Esas intervenciones van desde el comiso y la restitución de lo adquirido sin título, hasta la incriminación directa de la tenencia injustificable de bienes. La Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito, es invocada expresamente en el Proyecto de Ley de Reforma del Código penal (Boletín del Congreso de los Diputados de 27 de noviembre de 2009) (PrLRCP) como criterio determinante de la reforma que se propone introducir en la regulación del comiso. La razón es sobradamente conocida y huelga recordarla, y cristaliza en dos líneas de actuación legislativa penal: en la persecución del dinero procedente de los delitos, incluso si ha sido transferido o entregado a otra persona, y, paralelamente, en la incriminación del blanqueo y de todas las conductas que inintencionadamente o por negligencia lo puedan facilitar.

El PrLRCP se adscribe a esa política criminal y decide:

a) permitir que el comiso de los bienes del penado alcance a todos los que tenga, no solo los procedentes del delito, sino también a todos aquellos cuya posesión no pueda ser proporcional a los ingresos con que cuente el sujeto.

b) Tipificar como delito el simple hecho de *poseer* bienes sabiendo que tienen origen en una actividad delictiva

En ese contexto habrá que replantearse la función que corresponde a la regla del artículo 122 CP que regula la participación a título lucrativo de bienes procedentes del delito (la llamada receptación civil)

Lo único, pues, que, al menos en apariencia, *no hace*, el PrLRCP, es tipificar abiertamente la posesión injustificable de bienes, esto es, desvinculada incluso de presunciones sobre un origen delictivo. Pero en buena medida se alcanzan consecuencias de no desdeñable rigor.

Veamos por separado esas tres cuestiones (comiso, receptación civil y blanqueo por posesión), que siendo aparentemente conceptos diferentes *necesariamente* han de guardar entre ellos una coherencia en sus funciones, lo cual puede no ser fácil tras la Reforma que se propone.

II. LA AMPLIACIÓN DEL COMISO

El comiso o decomiso¹, figura penal “secundaria” durante tantos años adquiere, por ese motivo, una nueva dimensión, transformándose en arma primordial de la política criminal de nuestro tiempo. En el Código se describe como *consecuencia*

¹ La palabra “decomiso” es más usual en el régimen administrativo del contrabando

*accessoria*², añadiéndose algunas medidas complementarias referentes a la sustitución de bienes para decomisar (posibilidad incorporada a nuestro derecho penal hace poco tiempo, siguiendo recomendaciones internacionales), al comiso preventivo y a la venta o destrucción de los bienes decomisados. La idea central es que los instrumentos de ejecución de un delito y los bienes obtenidos *con ese delito* deben ser incautados a los responsable criminales de esos actos; pero solo esos bienes y no otros más, pues en tal caso el comiso sería excesivo y violaría el límite ordenado por el Código, que se resume en la idea de que el comiso nunca puede ser *desproporcionado*³.

El comiso, por supuesto, se cohonesta con la necesidad de restituir las cosas muebles a sus dueños como parte de la responsabilidad civil, en los delitos en los que la desposesión sea parte estructural de la infracción, como son, por ejemplo, muchos delitos patrimoniales. La reiterada mención que se hace en la ley a que los objetos que hayan de ser decomisados sean de *lícito comercio*, no ha de llevar a la equivocada idea de que los objetos de comercio prohibido no son decomisados. Sucede simplemente que esos, como por ejemplo las drogas, tienen un especial sistema (cfr. art. 374 CP) de comiso, depósito y destrucción.

La naturaleza jurídica del comiso, que no es la de *pena*, posibilita su aplicación incluso en los casos en los que no se imponga pena a ninguna persona por concurrir alguna causa de exención de la responsabilidad criminal o haberse ésta extinguido, siempre que se demuestre la “situación patrimonial ilícita” (art. 127-3 C). Surge aquí un parecido con la receptación civil, pues también en la regla del art. 122 se parte de que la restitución de los bienes es independiente de la inexistente responsabilidad penal de quien los posee.

Durante muchos años la figura del comiso ha vivido en el derecho penal relegada a un segundo plano, cual consecuencia final incluida en la sentencia pero que en manera alguna contribuía a configurar la *respuesta penal frente a determinadas conductas*. Quiero con ello decir que la idea de decomisar los efectos e instrumentos de los delitos pareció siempre una obviedad, que no necesitaba de especiales explicaciones, y que tampoco era el espacio jurídico en el que pudiera desarrollarse una política criminal específica.

El recurso al arma del comiso es hoy hasta tal punto priorizado que en diferentes documentos internacionales se aconseja y casi exige la creación directa del

² Art. 127, en el Título V del Libro I) que “..toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente...”

³ Esta idea la recoge el Código en el artículo 128 CP “*Cuando los referidos efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, podrá el Juez o Tribunal no decretar el decomiso, o decretarlo parcialmente...*”.

delito de tenencia injustificable de bienes, con lo cual se quebraría totalmente el carácter complementario o accesorio del comiso de bienes obtenidos con el delito, en cuanto que ese carácter determina la necesidad de establecer una relación causal razonable entre el delito cometido (un delito concreto) y los bienes que se poseen. Este planteamiento, tradicional, y que se considera el único compatible con la dificultad de presumir delitos no conocidos o probados y responder penalmente desde esa presunción, es abiertamente contestado y rechazado por los partidarios de fortalecer las respuestas penales ante la exhibición impune de riquezas de origen inexplicable, que por lo mismo se atribuyen a un origen *inconfesable*. La equiparación entre lo “inexplicable” y lo “delictivo” es así tenida como la única manera no ingenua de afrontar la lucha contra la criminalidad de nuestro tiempo. Por lo demás, se dice, tampoco está justificado un excesivo escándalo, dado que en otras parcelas del derecho – concretamente en el derecho tributario - el aumento injustificado del patrimonio tiene relevancia y puede ser fuente de obligaciones y de sanciones.

Frente a esos objetivos que la moderna política criminal propugna el derecho español quedaba, hasta ahora, muy por debajo no ya de la pretensión de crear directamente un delito de “tenencia injustificada de bienes”, sino incluso de ofrecer una vía razonablemente practicable para poder alcanzar, no los instrumentos, sino las ganancias y riquezas obtenidas de delitos. La EM del PrLRCP dice: “*se ha completado la regulación existente del comiso encomendando a los jueces y tribunales acordarlo respecto de aquellos efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal. Para facilitar la medida, se establece una presunción de procedencia de actividades delictivas cuando el valor del patrimonio sea desproporcionado con respecto a los ingresos legales de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal...*”

Efectivamente, para alcanzar los objetivos mentados en la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, se ha elegido el camino de establecer una presunción legal para que se pueda considerar proveniente del delito el patrimonio del condenado cuyo valor sea desproporcionado con respecto a sus ingresos legales. A tal fin se propone incorporar al art. 127 este párrafo: “*El Juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas*”. Con esa fórmula se desvinculan los actos concretos del

sujeto titular del bien en relación con el origen del bien mismo, de modo tal que es *la suma de las ideas de pertenencia a la organización y tenencia de bienes* lo que es suficiente para poder vincular esos bienes a las actividades delictivas de la organización, sin necesidad de tener que probar la efectiva participación (en sentido técnico-penal) del poseedor del bien en un acto delictivo concreto. Pero como veremos más adelante, *esa fórmula no está exenta de críticas*.

Lógicamente se tiene que introducir un criterio limitador de índole cuantitativa, para no llegar al absurdo de pretender extender el comiso a la absoluta totalidad de los bienes que una persona tiene. El proyecto opta por seleccionar los bienes que *desbordan la capacidad económica aparente* del sujeto que los tiene. Para ello se dispone que “...a estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio *cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos legales de las personas* condenadas por cualquier delito cometido en el seno de dicha organización criminal”.

Ciertamente que la solución propuesta no puede dar respuesta a todos los sentimientos sociales de escándalo ante obscenas exhibiciones de riqueza cuyo origen no puede explicarse. La modificación que se propone contempla tan solo, *lo cual es censurable*, el problema de la gran delincuencia organizada; pero es patente que queda fuera de la “presunción” la riqueza acumulada el delincuente individual o “no organizado”, por ejemplo, un funcionario corrupto, respecto del cual sería preciso probar mínimamente que la única explicación posible de su patrimonio es un determinado delito. Eso resulta especialmente complejo en casos de *corrupción continuada en el tiempo*, en los que se establece una relación cuasi estable entre corruptores y corrompidos sin necesidad de imputar una u otra ganancia a una operación delictiva concretable en el tiempo, y sin que sea tampoco fácil calificar esa relación como supuesto de criminalidad organizada, amén de la excesiva concentración de atención que el Proyecto presta a los bienes procedentes de delitos cometidos en el seno de las organizaciones delictivas.

Otro aspecto cuestionable de la “presunción de origen” es la vinculación /limitación al *patrimonio y a su desproporción*. Eso puede dar lugar, además, a que queden fuera del alcance la intervención decomisadora todos aquellos *bienes que constan a nombre un tercero aunque los disfrute exclusivamente el destinatario del comiso*. El Código, como sabemos, advierte que el comiso es posible a no ser que los bienes pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente; pero, dejando de lado la adquisición “legal”, que a la postre se resume en una cuestión formal, el criterio de fondo es el de la “buena fe”, de demostración bastante difícil, y que cuando menos podría rechazarse cuando se trate de bienes en poder de personas jurídicas que el responsable controle, o de parientes o amigos suyos. A este respecto se hecha de nuevo en falta una adecuada tipificación de las conductas de los llamados “testaferros”, que tantas veces se ha

reclamado desde la doctrina, aun cuando es posible, con la Reforma que ahora se propone, que algunas de esas conductas tengan cabida en la modalidad de blanqueo por mera “posesión”, aun cuando esa exige la conciencia del origen, o bien en la participación lucrativa del art. 122.

Esas situaciones no se pueden resolver fácilmente, por más que estén formalmente abiertas las vías del encubrimiento del art. 451-1º, pero eso no es una solución, pues está vinculada a que los bienes en concreto procedan de un delito con autor o partícipe conocido, al que se ayuda por el favorecedor; pero en la ampliación del comiso se parte *precisamente de renunciar a demostrar que quien tiene bienes es autor o partícipe en un determinado delito*. El comiso de bienes que están en poder de terceros *pero proceden de delito*, está ya regulado hace muchos años. Ahora se trata de una regla diferente en presupuesto y en objetivo que persigue *extender el comiso a todos los bienes que posean los miembros de organizaciones delictivas*.

Precisamente esas referencias a organizaciones delictivas y a la mera idea de desproporción ha dado ya lugar a críticas harto justificadas⁴ en medios profesionales y doctrinales, algunas de las cuales, que comparto, he indicado ya antes. De entre ellas entresaco:

- a) Parece que, si no fuera por la reforma, quedarían fuera del alcance del comiso los bienes procedentes de delitos cometidos en las actividades de la delincuencia organizada, siendo así que la vigente formulación del comiso ya les alcanzaba. Es patente que el legislador se ha visto arrastrado por la idea de dar cumplimiento a una Decisión Marco dedicada a medidas contra la criminalidad organizada, y la ha transpuesto sin reparar en lo que ya estaba, pues los bienes generados por un delito siempre serán decomisables, al margen de la hipotética pertenencia del responsable a una organización.
- b) La posibilidad de decomisar el patrimonio *desproporcionado a los ingresos* por los mismos motivos aducidos en el apartado anterior, debería servir también como criterio para los delincuentes no integrados en ninguna clase de organización
- c) La desproporción entre bienes que se tienen y *“los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas”* (siempre refiriéndose solo e incomprensiblemente a los miembros de organizaciones delictivas), tiene que alcanzar a la totalidad de los bienes si el sujeto investigado *carece de todo ingreso lícito*.

⁴ Informe del Secretariado de la Unión Progresista de Fiscales al Anteproyecto de Ley orgánica por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, *Revista UPF*, 2008. También, *Luís Rueda García, La reforma del comiso y su adaptación al Derecho europeo, en VVAA, “La adecuación del Derecho penal Español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal Europea” Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.*

- d) La desproporción, como criterio *único* para declarar la presunción de origen, puede ser excesivo, y debería modularse abriendo la posibilidad de que se pueda dar una explicación convincente sobre su origen.

En otro orden de cosas, sorprendería la injustificada (legalmente) exclusión del comiso de los instrumentos de comisión de los delitos imprudentes, exclusión incomprensiblemente injusta si se atiende al contenido de injusto personal de la conducta de los autores de ciertos delitos – contra la seguridad vial, contra el ambiente, por ejemplo - que pueden reducirse a ambiciones económicas o al placer de la velocidad despreciando los terribles e irreversibles males que con su conducta pueden ocasionar. Particularmente significativa, por su alcance cuantitativo Ni siquiera en algunos delitos imprudentes de especial importancia cuantitativa, como son *los cometidos con vehículos de motor*, se aplicó nunca el comiso del vehículo, sin que haya concretas razones jurídicas que justifiquen esa práctica. El PrLRCP quiere romper con esa tradición y en su Exposición de Motivos (EM) declara: *“Asimismo....se faculta a los jueces y tribunales acordar el comiso cuando se trate de un delito imprudente que lleve aparejado en la ley la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año...”*.

No había razón alguna para que no se pueda acordar la pérdida de los efectos que provengan de esos actos y de los instrumentos o bienes con los que se haya ejecutado, condición en la que debe entrar en su caso el vehículo de motor con el que se haya causado el daño, así como de las ganancias provenientes de ese delito imprudente. El PrLRCP acoge expresamente esta idea, lo que significa que se podrá decomisar el vehículo de los autores responsables de homicidio imprudente o de las lesiones de los arts.149 y 150, si se determina una pena privativa de libertad superior a un año.

III. LA AMPLIACIÓN DEL BLANQUEO

El PrLRCP entra también en la reforma del delito de blanqueo de dinero, y lo hace modificando el art. 301 ap.1 CP⁵, proponiendo que sus primeras frases recen

⁵ También propone una nueva redacción para el art. 302 CP – de la que no me voy a ocupar - concebida para supuestos de responsabilidad de empresas, que rezaría como sigue: *1. En los supuestos previstos en el artículo anterior se impondrán las penas privativas de libertad en su mitad superior a las personas que pertenezca a una organización dedicada a los fines señalados en los mismos, y la pena superior en grado a los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones. / En tales casos, los jueces y tribunales impondrán, además de las penas señaladas, la de inhabilitación especial del reo para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años e impondrán, asimismo, a la organización, bien como penas si procediere la declaración de su responsabilidad penal de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31 bis de este Código, bien como medidas en los casos previstos en el artículo 129, además de la prohibición de contratar con el sector público durante el tiempo que dure la mayor de las penas privativas de libertad impuestas, una de las siguientes:*

a) Disolución de la organización y clausura definitiva de sus locales o establecimientos abiertos al público.

del siguiente modo: “*El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por terceras personas, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos...*”

Con facilidad puede apreciarse el enorme alcance de la propuesta: a) porque introduce la *posesión como situación típica de blanqueo*, y, b), porque permite otorgar el título de “blanqueador” también a los propios responsables del delito generador de los bienes. Esas decisiones merecen reflexiones separadas.

1. La incorporación del “autoblanqueo”

La causa principal de que en su momento se creara el delito de blanqueo fue, según opinión pacífica, la insuficiencia del régimen de la receptación, además de que éste último delito contempla necesariamente un beneficio del receptor, mientras que ese componente no es lo esencial en el blanqueo, en el que *prima la ayuda al que necesita colocar en el mercado honesto lo que tiene origen delictivo*. El parentesco entre ambas infracciones es patente, y por eso es lógico que compartan el Capítulo XIV. El blanqueo se parece a la receptación en importantes elementos, de los que destacan *que uno y otra presuponen un delito precedente que ha producido ganancias a sus autores*, que la existencia de ese delito conoce o debe prevenir el receptor o el que colabora u ofrece servicios que pueden ser útiles a las finalidades de blanqueo⁶.

Mención separada merece el tercer punto en común: blanqueo y receptación son intervenciones post-delictivas que dan lugar a un nuevo delito *que comete alguien que no ha tenido intervención*⁷ en el delito precedente, pues si así fuera *el significado penal de esa conducta sería otro diferente* (participación y agotamiento ulterior). En la receptación el delito anterior ha de haber producido “efectos”, expresión que quiere acoger a todos los frutos del mismo que puedan ser susceptibles de generar beneficios para el receptor.

b) Suspensión de las actividades de la organización y clausura de sus locales o establecimientos abiertos al público por tiempo de dos a cinco años.

c) Prohibición a la organización de realizar aquellas actividades, operaciones mercantiles o negocios en cuyo ejercicio se haya facilitado o encubierto el delito, por tiempo de dos a cinco años.

d) Pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, durante el tiempo que dure la mayor de las penas privativas de libertad impuestas.»

⁶ Colaboradores son personas físicas o jurídicas, como por ejemplo las entidades financieras, que tienen marcadas legalmente obligaciones de control sobre el origen del dinero que otros les entregan o confían para su custodia o gestión de negocios, obligaciones que a su vez proceden de acuerdos internacionales y de la UE.

⁷ La “intervención” solo puede ser la autoría o la participación, como inductor o como cómplice.

Naturalmente, *no todos los delitos tienen frutos o efectos*. La receptación nació pensando en los delitos patrimoniales, y entre ellos se ubicó. Incluso hoy la tenemos entre los delitos contra el patrimonio y el orden económico. Eso obedecía a una correcta visión del problema, pues se trataba de que los autores de delitos patrimoniales no pudieran además disfrutar de lo que le habían quitado a otros, y en cuanto a la incriminación del receptor concurrían tanto esa finalidad cuanto la de que no obtuviera un beneficio injusto de lo que finalmente era el patrimonio de otra persona.

El blanqueo es legalmente considerado como un *delito afín al de receptación* (Capítulo XIV del Tít.XIII, De la receptación y *otras conductas afines*) y entra en el CP no solo por la diferencia antes apuntada con la receptación (beneficio para el receptor) sino también por la insuficiencia de la descripción de la receptación en orden a satisfacer las *obligaciones supranacionales que España debía trasladar al derecho interno*.

En la receptación se siguió tradicionalmente la línea de entender que se trata de delitos que aumentaban lo injusto de los delitos patrimoniales, a los que se vinculaba; en un siguiente paso se amplía a delitos de contenido económico, y así se llega a la actual fórmula legal (“...*el que, con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, en el que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice, ayude...*”).

En el delito de blanqueo de capitales inicialmente se concretaba la clase de delito con la que se establecía la relación, pues la propia figura del blanqueo nació como instrumento en la lucha contra el tráfico de drogas y la delincuencia organizada. Luego hubo un proceso de ampliación⁸ del ámbito de infracciones incluibles en el concepto de “delito precedente”: la Ley 19/2003 de 4 de julio⁹ modificó la limitación de delitos previos y la amplió al blanqueo de capitales procedentes de cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de un delito *castigado con pena de prisión superior a tres años*, modificación que ciertamente aumentaba enormemente el campo de los delitos previos.

Poco después, la modificación del Código penal introducida por la Ley O.15/2003 de 25 noviembre, fue más allá de la Decisión marco 2001/500, pues al contentarse con exigir que el autor actúe sabiendo que los bienes “*tienen su origen*

⁸ La Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2005 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo se refirió a esta cuestión diciendo que aunque al principio se limitara a delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes, en los últimos años se ha tendido a definir el blanqueo de capitales *de manera mucho más amplia*, tomando en consideración una gama mucho más extensa de delitos. La ampliación del abanico de delitos facilita la comunicación de las *transacciones sospechosas* y la cooperación internacional en este ámbito.

⁹ Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales.

en un delito” acogió a la totalidad de los mismos, aunque muchos no estén castigados con pena superior a un año de prisión (que era lo indicado en la Decisión marco). Se llega así a la imprecisa fórmula del Código actual, que aparentemente acepta como delito precedente cualquier delito, pues solo se refiere a que los bienes tengan simplemente *origen* en un delito.

La desmesura de la legislación española da lugar a la aparentemente contradictoria necesidad de *establecer criterios de selección en base a la indicación acerca del “origen”*, puesto que no es jurídicamente riguroso zanjar la cuestión diciendo que todos los delitos pueden servir para integrar la tipicidad previa al blanqueo, pues el sentido común nos dice que eso no puede ser, y basta pensar en ejemplos como en el dinero del alzado o del quebrado, que claro está que hubieran debido emplearlo en otra cosa (pagar sus deudas) pero en ningún caso será un dinero que *proceda del delito*¹⁰.

Prescindiendo de esas variaciones sobre cuál había de ser el delito precedente, quedaba claro que el blanqueo de dinero es un delito ligado a la *previa* comisión de otros delitos, circunstancia cronológica que comparte con la receptación y, también, no lo olvidemos, con el favorecimiento personal y real, que aun siendo delito contra la Administración de Justicia ofrece más puntos de contacto con el blanqueo que el de receptación. La regulación legal que hasta ahora ofrece el art. 301 CP¹¹ muestra sin especiales esfuerzos interpretativos que el destinatario de la conminación penal, o si se prefiere, el abstracto destinatario de la norma en términos de prevención general, es una *persona diferente de la que ha conseguido dinero o bienes cometiendo un delito*.

Ese planteamiento sufre un cambio substancial con el PrLRCP, que propone una nueva redacción para el art. 301, ya antes indicada (el que... utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen *en una actividad delictiva, cometida por él* o por terceras personas) abre la posibilidad de que *quien ha cometido un delito pueda también ser autor de otro delito cuando intente introducir en el mercado los productos de ese delito*¹². El aprovechamiento total de los frutos del

¹⁰ La referencia a cualquier delito que hace el art. 301 CP, habrá de limitarse, excluyendo aquellos delitos que no producen una consecuencia de incremento del patrimonio material de sus autores o partícipes, al margen de que con esa acción consigan objetivos injustos, y vuelvo al ejemplo de la bancarrota delictiva en la que el concursado burla a sus acreedores, pero eso no le proporciona algo que no tuviera, sino que simplemente incumple sus obligaciones. En consecuencia, ayudar a un deudor a incumplir sus obligaciones será sin duda un forma de participación en ese delito; pero quien sin esa participación acepta inversiones de un sujeto que en un momento anterior, distante incluso en el tiempo, y sin participación propia, incumplió sus obligaciones frente a sus acreedores, *no está blanqueando dinero de ese “mal pagador”*.

¹¹ Art. 301: El que adquiera, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales..

¹² La confusión aumenta si se tiene en cuenta que “producto” es el bien o provecho que se *deriva del delito* (artículo 1 del Convenio del Consejo de Europa de 1990); eso lleva a una distinción imprescindible entre la “utilidad” o “satisfacción” que consigue el autor del delito con el “producto”. Ese producto es *algo que el*

delito, que puede pasar por colocarlos en el mercado, será parte del *agotamiento material de la infracción*, y ese agotamiento siempre se había considerado copenado con el delito cometido; pero a partir de ahora, la conducta siguiente a la consumación jurídica del delito podrá ser el espacio de aparición de otro delito, cometido por el mismo sujeto.

El “agotamiento” del delito, en otras legislaciones, es tiempo acto todavía para la participación. En derecho español, en cambio, en la fase de agotamiento es el presupuesto típico del favorecimiento, el encubrimiento, la receptación y el blanqueo, que son todas ellas conductas post-delictivas. Los autores y partícipes *en el delito* son sujetos diferentes de los que cometen esos delitos “post-delictivos”; al menos, *esa es la regla*.

En esa regla se cruzó, hace ya tiempo, la discutida doctrina del *acuerdo previo*, según la cual los que actúan después del delito han de ser considerados también partícipes en el mismo si su intervención había sido pactada antes. De esa manera, se *ampliaba el círculo de partícipes*, aunque eso se hiciera, en el fondo, sin base legal, pues la receptación puede ser apreciada incluso en los casos en que el autor ha convenido o prometido previamente su ulterior disposición a acoger o recibir los frutos del delito, y no por eso el receptor ha de pasar a coautor. Pero, al margen de que esa doctrina sea hartamente discutible, su finalidad es “ascender a partícipes en el delito” a sujetos que intervienen después, esto es, lo contrario de lo que supone la punición del autoblanqueo, que es hacer punible la *intervención postdelictiva de los propios autores y partícipes*.

El problema que se plantea ahora se condensa en una sola pregunta: ¿puede el legislador introducir el llamado “autoblanqueo”. A este propósito escribían hace unos años Blanco y Del Cerro: “...uno de los problemas prácticos de más difícil solución a nivel nacional es si se puede sancionar o no por blanqueo a los intervinientes en el delito previo que posteriormente lavan las ganancias de dicho delito (el denominado «autoblanqueo»). Pero esto es algo que deben resolver los Tribunales nacionales, porque la normativa europea permite tanto la sanción de tales intervinientes en el delito previo, como su no sanción. De hecho algunos países, como por ejemplo Alemania, excluyen expresamente a los intervinientes en el delito previo del círculo de posibles sujetos activos del delito de blanqueo (§ 261 StGB)”. La mención a Alemania debe ser matizada, puesto que, a diferencia de lo que sucede en España, para su doctrina y praxis la colaboración para que los responsables de los delitos logren sus últimos propósitos (el agotamiento de la figura penal) debe ser *tratada como participación en el delito*. Por lo tanto los autores de blanqueo tendrán que ser sujetos absolutamente alejados de la comisión del delito

autor no tenía antes y que es valioso en términos de dinero, y, además, necesita alguna colaboración o ayuda técnica o financiera para poder colocar esas ganancias o provechos en el circuito de lo “normal y lícito”, lo cual tampoco se dará si esa necesidad no existe.

así entendida. Dicho de otro modo: de acuerdo con ese modo (alemán) de extender el tiempo durante el que cabe la participación, más allá de la consumación jurídica de los delitos, se pueden castigar como participación actos que *para nuestro sistema* serían post-delictivos.

Actualmente son conocidos los supuestos en los que las ganancias derivadas de delitos (especialmente, tráfico de drogas, pero no solo eso) entran en el circuito económico normal acompañados de falsedades de toda clase, de corrupciones de funcionarios o de gestores financieros, etc. En esos casos es fácil comprender que el “proceso de blanqueo” ha supuesto la comisión de *nuevos* delitos, en los que también ha intervenido el responsable de los delitos anteriores (los generadores del producto). Pero podría darse el supuesto de operaciones de blanqueo en las que la calificación de delito no fuera tan evidente, como, por ejemplo, la colocación *por parte del propio responsable criminal del delito*, de cantidades de dinero no “espectaculares”, en multitud de cuentas corrientes o libretas de ahorro de diferentes entidades bancarias, o la compra de objetos valiosos en el mercado o en subastas, en España o en el extranjero – prescindiendo de las investigaciones sobre obligaciones tributarias emergentes o no satisfechas en otros Estados que pudieran conducir al descubrimiento del origen de ese dinero. En esos ejemplos, de acuerdo con lo que propone el PrLRCP, habría que afirmar que de cada una de esas acciones nace un delito de blanqueo (o un delito continuado, incluso) del que será responsable el mismo sujeto que, por ejemplo, había obtenido ganancias traficando con drogas o explotando la prostitución. La transformación de esas acciones en *delictivas* puede resultar excesiva.

Así las cosas puede entenderse que, a la vista de la aparente “libertad de decisión” que el mandato europeo confiere, el legislador español podría incriminar el autoblanqueo, forzando gravemente la lógica interna de una figura que deriva de la receptación, y no de la coejecución o la complicidad, pero tendría que precisar mejor los *elementos del tipo que deben concurrir cuando el autor es el propio generador del “dinero sucio”*. La razón es fácil de captar: cuando es un tercer el que ayuda a esa tarea la *esencia de lo injusto* se centra en su conocimiento del origen y de que está *ayudando a un delincuente*. Es evidente que así no se pueden configurar los elementos del “autoblanqueo punible”. A eso se suman las consecuencias punitivas derivadas de la apreciación de dos delitos, ya fuera en la hipótesis de enjuiciamiento conjunto o en la de que fueran juzgados con separación en el tiempo.

2. La posesión como blanqueo

Tan importante o más que la incriminación genérica del autoblanqueo es la inclusión, como modalidad de conducta de blanqueo, la solo *posesión o uso de un bien que se sabe o se puede suponer (dolo eventual) procedente de un delito*. El

PrLRCP propone que cometa delito de blanqueo quien “...posea, utilice... bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por terceras personas...” Si a la posesión o uso le añadimos la inclusión del autoblanqueo, al que antes me refería, tendremos que comete un nuevo delito, por ejemplo, el que tiene un cuadro o una joya que él mismo ha robado, o el que utiliza un vehículo de motor que él mismo ha sustraído, y los ejemplos podrían continuar y multiplicarse hasta alcanzar niveles ridículos. La causa, por supuesto, está en la inclusión del autoblanqueo, que al combinarse con la posesión o uso produce esas extrañas consecuencias.

Dejando de lado el autoblanqueo y sus consecuencias, podemos centrar la atención en la modalidad de blanqueo consistente en la *posesión o uso de un bien sabiendo cuál es su origen*. A buen seguro el pre-legislador deseaba incriminar la *posesión injustificable de bienes*, tal como reclaman diferentes acuerdos internacionales para la lucha contra la criminalidad organizada, y que hasta ahora era atípica¹³, salvo que se recuerde que en el Código Penal de 1973 se incluía en el encubrimiento real (art. 344 bis h, i) la posesión y uso de bienes de origen delictivo.

Tal como se concibe la posesión o el uso, como modalidad de delito de blanqueo puede ser cometido por sujetos que no han intervenido en el hecho delictivo del que proceden los bienes, y si se atiende *literalmente* a esa afirmación habrá que concluir que podría constituir delito de blanqueo no solamente el uso, por ejemplo, del automóvil robado, sino también el de cualquier bien mueble o inmueble cuyo origen esté teñido de delictuosidad, como, por ejemplo, la vivienda construida cometiendo un delito urbanístico perfectamente conocido por su propietario o poseedor. Se dirá que esa vivienda no tiene “origen” en el delito, y que ese delito solamente ha propiciado la edificación. De acuerdo: pero entonces retornaremos al tema que ya antes señalé como punto central del problema interpretativo: *decidir qué quiere decir que un bien tiene “origen” en una actividad delictiva*.

Queda ahora otro problema grave: el deslinde con la participación a título lucrativo (PTL) o receptación civil.

IV. EL ENCAJE DE LA PARTICIPACIÓN A TÍTULO LUCRATIVO TRAS LA REFORMA

¹³ A este respecto escribía, por ejemplo, Ángel Calderón: “... no son punibles los comportamientos que consistan en la mera utilización de bienes conociendo su ilícita procedencia, cuando no concurren actos de ocultación o de encubrimiento.... Tampoco se comprende la posesión injustificada de bienes cuyo origen no pueda referirse a un delito previo de grave entidad. Los incrementos no justificados de patrimonio constituyen presunción a efectos solo tributarios, en el sentido de considerarlos rendimientos generados en el ejercicio en que afloran o se ponen de manifiesto (art. 37 de la Ley de Renta 40/1998), pero no sirven de prueba en el proceso penal para presumir otro tanto en cuanto al blanqueo por ser ello contrario a la presunción constitucional de inocencia...” (A. Calderón, “El marco jurídico del blanqueo de capitales: aspectos penales y administrativos”, en *Blanqueo de capitales. aspectos legales y realidad social: doctrina*, Datadiar, 2007)

Como es sabido, el art. 122 del CP dispone que quien "...por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito o falta, está obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación..." Para comprender el sentido de esa regla¹⁴ es preciso considerar que la restitución por enriquecimiento o participación lucrativa se puede declarar siempre que se aprecie que alguien se ha beneficiado de lo que otros han hecho, aunque no se le pueda condenar como cómplice o receptor por falta de prueba o por falta de dolo, sencillamente, porque nuestro derecho no contempla o acoge un "delito de receptación imprudente", aunque sí contamos con un delito de "blanqueo imprudente"¹⁵; en segundo lugar hay que aludir, por cierto, a un extremo que de ordinario se deja en la penumbra, cual es la indeterminación del destino a dar a la restitución, que *no puede* ser lo mismo que la restitución a la que se refiere el art. 110-1, como parte de la responsabilidad civil.

El partícipe a título lucrativo (PTL) *es desposeído de lo que ha conseguido sin una contraprestación, por su parte, que lo justifique, ya se trate de un delito contra el patrimonio o contra otros bienes, intereses o valores*, como puede ser, por ejemplo, la salud pública o la libertad sexual, y la jurisprudencia española ha ordenado la restitución a personas que habían disfrutado de ganancias obtenidas por narcotraficantes o derivadas de la explotación sexual. Para tomar esas decisiones ordenando restituciones, los Tribunales penales no acuden ni pueden acudir a la responsabilidad civil, puesto que la restitución que se ordena al PTL *no está encaminada a resarcir al perjudicado* (para eso está la responsabilidad civil de los responsables criminales, o de los otros responsables civiles solidarios y subsidiarios) porque además, en muchos delitos, como los relativos al tráfico de drogas o a la prostitución es casi imposible establecer quien es el perjudicado en el sentido del derecho penal, o bien esa condición recae en muchas personas. También por ese motivo no se dice en las sentencias que haya que devolver a persona determinada, sino que, simplemente se ordena la devolución, y ya los Tribunales decidirán sobre el destino de lo restituido. Por ejemplo: cuando un Tribunal, de acuerdo con el art. 122 CP, ordena que la esposa de un narcotraficante restituya el lujoso automóvil o las joyas que le ha regalado su marido, razonablemente con las ganancias obtenidas traficando con drogas y por lo que ha sido condenado, es evidente que no está ordenando que se le entregue a nadie el automóvil o las joyas, pues el narcotráfico no tiene "perjudicados" civilmente.

¹⁴ Para la jurisprudencia, vid. SsTS de 5.2.2003 y de 14-3-2003, en las que se fijan como condiciones fundamentales para acordar la restitución por participación lucrativa los elementos esenciales de la figura de la restitución por PTL son : a) Que alguien se aproveche de los efectos de un delito o falta, b) Que quien tenga esos bienes desconozca que proceden de un hecho delictivo, c) Que no esté acusado de haber participado en el delito a título de autor o de cómplice, d) tal participación a efecto de aprovechamiento civil ha de tener como causa un título lucrativo (sin contraprestación alguna) no un título oneroso.

¹⁵ Art. 301-3 CP: "... Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triple..."

A su vez, la restitución como parte de la responsabilidad civil – la regulada en el art. 110.1- no alude a las ganancias o beneficios derivados del delito, sino únicamente a “bienes” (objetos físicos que eran de la víctima o perjudicado), y, sobre todo, se refiere a los que han participado en el delito. Alcanza al tercero adquirente de buena fe, pero ese ha de ser indemnizado por el responsable civil, que es un sujeto diferente del PTL. Quiere eso decir que una vez producida la transmisión de bienes por un PTL a terceras personas que los adquirieran de buena fe (el automóvil en el anterior ejemplo) éstas no podrían ser obligadas a restituir porque no lo habrían adquirido de un responsable civil.

1. Las condiciones para la declaración de PTL

La participación a *título lucrativo* puede apreciarse cuando alguien – *distinto del autor o partícipe* del delito – consigue tal lucro, sin que se requiera que el beneficio de uno se haya obtenido en detrimento de otro y por lo tanto, sin que cause “víctimas” concretas. El lucro en cuestión puede consistir en la mera posesión del bien (por ejemplo, las joyas del ejemplo anterior). Así las cosas, lo único que parece separar la PTL de la figura de blanqueo por posesión de bienes procedentes de delitos reside en que el PTL formalmente *no sabe que ese es su origen*, o no lo sabe en el sentido del dolo.

Su relación con el delito y sus autores es incluso más lejana que la del responsable civil, pues éste está jurídicamente vinculado al hecho, por ser autor o partícipe en su comisión (art. 116 CP¹⁶), o a la persona responsable criminal, por ser el encargado de su custodia, o estar bajo su dependencia familiar o laboral (arts. 118, 120 CP) (lo que lleva al terreno de la culpa *in vigilando* o *in eligendo*), o, por último, por haber contratado un aseguramiento y cobertura de responsabilidades civiles (art. 117 CP). Frente a ello, el PTL no es necesario que esté jurídicamente vinculado ni al hecho ni a sus autores, simplemente es obligado a restituir porque, por la razón que sea y sin dar nada a cambio, *está disfrutando de ganancias que para el juez penal proceden de ese hecho*. Esta sencilla reflexión atañe directamente a la cuestión de la naturaleza jurídica de la regla del art. 122 CP, que a diferencia de lo que sucede con la responsabilidad civil - en la que hay una correspondencia directa

¹⁶ Artículo 116 CP:

1. Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito o falta los Jueces o Tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno.

2. Los autores y los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas, y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables.

La responsabilidad subsidiaria se hará efectiva: primero, en los bienes de los autores, y después, en los de los cómplices.

Tanto en los casos en que se haga efectiva la responsabilidad solidaria como la subsidiaria, quedará a salvo la repetición del que hubiere pagado contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno.

entre beneficiado y perjudicado – no habiendo relación con el hecho o sus autores habrá que explicarla con otros razonamientos jurídicos.

En esa línea es fácil comprobar que no ha habido pronunciamientos tajantes sobre la naturaleza de la PTL, y del mismo modo que puede encontrarse una decisión del Tribunal Supremo que mantenga que se trata de una figura de carácter civil, pueden encontrarse otros fallos en donde no se diga eso, *sino que es un instrumento imprescindible en la lucha contra la criminalidad económica*, lo cual le confiere un carácter de “arma penal”¹⁷. La cuestión se complica aun más a causa de la muy poca atención que la doctrina ha dedicado a este tema, como se aprecia ante la ausencia de estudios específicos o monográficos.

2. La PTL, entre el comiso, la receptación y el blanqueo

El problema real es que el art. 122 CP, ya antes de la ampliación que propone el PrLRCP, genera una norma que es difícil diferenciar de otras. En primer lugar invade en parte el ámbito del delito de *receptación* (descrito en arts. 298 y ss. CP¹⁸). Puede sostenerse que se trata de conceptos diferentes pero muy cercanos, pues la obligación de reparar que pende sobre los receptadores nace directamente de un delito del que son autores, y esa condición absorbe y anula lo dispuesto en el art. 122 CP, que de otro modo sería la única respuesta penal posible. La razón esencial reside en que el autor de receptación obra a conciencia de *que se ha cometido un delito y él va a beneficiarse de ello*. En cambio, el llamado partícipe a título lucrativo se caracteriza, ante todo, porque su conducta carece del *dolo de receptor*. Por lo tanto: *entre el delito de receptación y la participación lucrativa puede apreciarse identidad objetiva de conductas, con una diferencia subjetiva (la conciencia del delito previo)*.

Esta reflexión hay que tenerla en cuenta en orden a la determinación de la naturaleza de la regla del art. 122. Sería en apariencia fácil deslindar posibles problemas de roces entre *tipicidades*, de aquellos otros que afectan a reglas de responsabilidad

¹⁷ Esta imprecisión de naturaleza no es la única que ofrece el Código Penal. Por ejemplo, el art. 193 se dispone: “En las sentencias condenatorias por delitos contra la libertad sexual, además del pronunciamiento correspondiente a la responsabilidad civil, se harán, en su caso, los que procedan en orden a la filiación y fijación de alimentos”. La referencia a los pronunciamientos sobre filiación, que no son automáticos, no se consideran parte de la responsabilidad civil, sino otra cosa (“además”). Otro ejemplo: el artículo 339 del Código penal permite que “Los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar la adopción, a cargo del autor del hecho, de medidas encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como adoptar cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este Título”: es evidente que no se trata de una “pena”, pues no figura en el catálogo de penas imponibles, pero también es difícil entender que se trate de una parte de la responsabilidad civil diferente de la que corresponde a la general de “reparación del daño causado”, pues si así fuera no sería más que una absurda repetición.

¹⁸ Esencialmente, el art. 298.1 CP, que dispone: “*El que, con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, en el que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice, ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo, o reciba, adquiera u oculte tales efectos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años*”.

civil (la restitución del art. 110 y la del art. 122); pero eso ni es un buen camino, pues todo son respuestas del derecho que como tales han de ser valoradas, ni es tan nítido. Las responsabilidades civiles son *obligaciones ex delicto (nacidas del delito)*, pero la obligación de restituir que regula el art. 122 CP no es en esencia una obligación *nacida del delito*. La esfera de obligados a cumplir las obligaciones ex delicto se circunscribe a los directos por ser responsables criminales o porque la ley así lo decide, y a los subsidiarios, sin entrar en la posible sucesión hereditaria en derechos y obligaciones.

En la regla del artículo 122 CP confluyen diferentes “preocupaciones” del legislador. La primera, ya expuesta, es salvar la complejidad probatoria que implica la acusación de receptación, vinculada a la demostración de la conciencia de que los bienes proceden de un delito de carácter patrimonial. La segunda es impedir el enriquecimiento injustificado. Inevitablemente, y ahí surgen los conflictos:

a) En apariencia tropieza con la regulación del *comiso*, pues según el art. 127-3 CP (En el PrLRCP, 127-4) “...*El Juez o Tribunal podrá acordar el comiso previsto en los apartados anteriores de este artículo*¹⁹ *aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita.*” De la lectura de esta regla se deriva la apreciación de una cierta *superposición de su contenido con lo previsto en el art. 122*, y es difícil trazar un criterio de separación. Los estudiosos del tema han señalado que la regla tiene sentido cuando se piensa en instrumentos de la comisión del delito (caso analizado, por ejemplo, en la STC 151/2002) que se encuentran en manos de otras personas. Pero la bondad del criterio se pierde cuando se traslada a las “ganancias provenientes del delito” que se hallen en poder de tercera persona no responsable criminal del mismo. Es claro que los enriquecimientos a los que se refiere el art. 122 CP son siempre (tácitamente) injustificables, y por eso el detentador de los bienes no puede oponerse a lo que es una confiscación (devolverlos). Pero una lectura atenta de la regulación del comiso y de la PTL pone de manifiesto una *diferencia esencial*: el comiso se impone a personas que han participado en el delito aunque estén exentas de responsabilidad criminal (por la razón que sea: enfermedad mental, menor edad, muerte, prescripción, indulto), en tanto que la PTL se declara respecto de personas

¹⁹ Los números 1 y 2 del art. 127 CP disponen: 1. “*Toda pena que se imponga por un delito o falta doloso llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente.*”

2. *Si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en el apartado anterior, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho.*

que *no tienen responsabilidad criminal por no haber ni siquiera participado en el hecho*.

b) Existe, sí, un parecido entre la obligación de restituir por PTL y el comiso de los bienes que tienen en su poder personas exentas de responsabilidad. Pero hay otro frente de coincidencias que coloca a la PTL en la frontera del delito de receptación. De ese modo, el régimen legal de la PTL, indicado en el art. 122 CP ha venido teniendo, como primordial función, *cubrir el espacio que dejaban abierto las regulaciones de la receptación y del comiso*. La restitución por PTL ha sido la respuesta teórica a la conducta o al papel de sujetos que *no pueden ser considerados responsables criminales del delito ni como autores ni como partícipes, y que tampoco pueden ser considerados autores de delito de receptación*, porque la receptación presupone la *plena consciencia de que se ha cometido un delito*, y mediante ella se obtiene un beneficio a la vez que se ayuda a los autores del delito a transformar u ocultar sus ganancias. El PTL no llega a tanto, sino que se obliga a restituir a un sujeto que no sabía – *en el sentido del dolo* - que se beneficiaba de un delito, y por lo tanto, se sitúa en un nivel *subjetivamente menor* que el receptor, cuya conducta es *objetivamente igual*.

A buen seguro se dirá que no es posible comparar una tipicidad (la del blanqueo) con una regla para recuperar rendimientos de los delitos. Esa crítica olvidaría que la valoración de las respuestas penales²⁰ se ha de hacer considerando el presupuesto fáctico (la tenencia de un bien) y las consecuencias que de eso se derivan. Claro está que la PTL *no es una conducta delictiva*, pues sería incompatible con la prohibición de la responsabilidad objetiva²¹. La PTL ha sido colocada por la Ley junto a la responsabilidad civil, porque tampoco podía incluirse como regla común a los delitos patrimoniales, dado que la PTL, como ya he explicado, puede producirse respecto de delitos que no son patrimoniales. En suma, algo parecido al presupuesto del delito de blanqueo, en el que tampoco se hace vinculación a la previa comisión de delitos patrimoniales.

Por lo tanto: la situación contemplada por la regla del art. 122 y la que se subsume en el (nuevo) primer párrafo del art. 301. y que se resume en *poseer bienes que proceden de un delito* y que no se han adquirido de modo jurídicamente correcto, *es la misma*, sin que valga oponer una diferencia de naturalezas derivada exclusivamente de la colocación sistemática del precepto, pues en el Título V, Capítulo II del Código penal, que se enuncia como dedicado a las personas civilmente responsables, se encuentran importantes normas cuya naturaleza, fundamento e interpretación en modo alguno es civilista. Por lo tanto, el argumento “sistemático” carece de virtualidad alguna, y por eso mismo en la doctrina penal

²⁰ También se puede argumentar en contra diciendo que la restitución del art. 122 es de carácter civil y no penal, pero eso, al margen de que el jurista no ha de contentarse con las etiquetas, dejaría en la penumbra problemas graves, es del posible replanteamiento de la *función político criminal de cada una de ellas*, que en este caso puede ser reiterativa.

²¹ Prohibida por los arts.5 y 10 del CP español.

carece de virtualidad alguna, y por eso mismo en la doctrina penal española se ha acogido la idea de que las reglas del Título V Capítulo II del Código penal, pese a que se califiquen a veces como civiles, *participan de la política criminal como instrumentos jurídicos penales*²². El propio Tribunal Supremo (STS 362/2003 de 14 de marzo, que reitera argumentos de otras sentencias) utiliza a veces la expresión “receptación civil” en la que incurre “quien no ha intervenido en el delito como autor o cómplice y tampoco puede ser responsable penal por receptación puede resultar obligado a la restitución de la cosa o al correspondiente resarcimiento si ha resultado beneficiado de los efectos del delito”. La misma sentencia citada, aunque use el adjetivo “civil”, declara expresamente que “no se trata de un caso de responsabilidad civil «ex delicto»».

Objetivamente pueden buscarse algunas diferencias más: en la nueva modalidad de blanqueo se alude a la posesión de bienes sin más, mientras que para la restitución por PTL se exige que quien tenga los bienes los haya recibido sin contraprestación adecuada a su valor, esto es, a título lucrativo. Pero que no se aluda al título posesorio en el blanqueo no excluye que la posesión también pueda ser a título lucrativo.

3. La diferenciación subjetiva

Parece claro que la única manera de establecer espacios nítidos para cada una de estas normas pasará por el recurso a los aspectos subjetivos de cada una, y así observamos:

- A) Si se aprueba el PrLRCP, la mera posesión o uso de bienes que tengan origen en un delito, *sabiendo* el poseedor o usuario ese origen, ya sea por haber intervenido el mismo o haberlo hecho otros, incurrirá en delito de blanqueo.
- B) Si el poseedor o usuario de los bienes no conoce ese origen, *pero hubiera podido saberlo o suponerlo*, cometerá ese mismo delito por imprudencia grave.
- C) Si alguien posee a título lucrativo, bienes que tienen origen en un delito, si hubiera podido inferirlo a la vista de las actividades de quien se los dio, puede ser obligado a la restitución por PTL, pues el artículo 122 excluye solamente el supuesto de que el poseedor haya intervenido en la comisión del delito, pero nada dice sobre su nivel de información sobre la procedencia de los bienes. Es la necesidad de trazar una frontera con la receptación del art. 298 CP la que ha llevado a la idea de que la receptación civil consiente solo imprudencia respecto del origen de los bienes.

²² Vid.: G.Quintero Olivares, “*La función de la responsabilidad civil y del perjuicio en la política penal*”, Libro Homenaje a Antonio Hernández Gil, Vol.III, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001; Quintero, “*La responsabilidad civil y la reparación en la política criminal contemporánea*”, Cuadernos de derecho judicial, Nº. 16, 2004 (Ejemplar dedicado a: “*Responsabilidad civil "ex delicto"*” coord. por Julio Márquez de Prado Pérez (dir.)

- D) Esa interpretación, apoyada en la ausencia de una “receptación imprudente”, se tambalea desde el momento en que se introduzca la *posesión imprudente de bienes procedentes de delito* como modalidad del delito de comiso.
- E) Para encontrar un espacio propio a la llamada receptación civil no habrá otro camino que reducir la aplicabilidad del artículo 122 CP a los casos de posesión de bienes en los que el poseedor, aunque los haya recibido a título lucrativo desconozca absolutamente el origen delictivo, esto es, que los tenga “sin dolo ni imprudencia”, pues de no ser así será difícil explicar la calificación de receptación civil frente a la *preferente* de delito de blanqueo en la modalidad del n.3 del art. 301 CP en relación con la posesión o uso. También se podría encontrar una función propia al art. 122 en los casos en que el poseedor de bienes procedentes de actividad delictiva hubiera sido exculpado del delito de blanqueo.

V. RECAPITULACIÓN

Si como es de esperar la Reforma proyectada culmina su proceso parlamentario y se transforma en Ley habrá que asumir que se produce un notable cambio en las posibles interpretaciones de diferentes preceptos legales, que se pueden superponer entre sí, o que abren extrañas hipótesis de concursos de normas o de delitos.

El comiso se amplía, pero como antes dije, parece que el interés de la ampliación solo alcanza a los bienes que “injustificadamente” tengan los sujetos vinculados a organizaciones criminales, y no otros, lo cual no tiene explicación, salvo que se haya considerado, lo cual sería comprensible aunque discutible, *excesivo*, extender el comiso a los bienes de los responsables de cualquier delito que no puedan justificar su origen, presuponiendo que ese origen será también delictivo. Vienen a la memoria casos de corrupción continuada en los que el patrimonio del inculcado era a todas luces desproporcionado pero no podía ser incautado. Creo que lo más prudente habría sido ordenar, en tales casos y con ocasión del proceso penal, una investigación profunda sobre el origen de los bienes.

El blanqueo se amplía en dos direcciones, incluyendo a los propios partícipes en los delitos e incorporando como forma comitiva la mera posesión o uso. Una primera lectura sugiere una conclusión difícilmente asumible: que los partícipes en un delito responderán penalmente por ese delito y *también* por poseer los bienes con él obtenidos, lo cual es absurdo, y obligará a estimar que la posesión por autores o partícipes solo es punible cuando no quepa castigarlos por el delito previo.

La posesión dolosa o imprudente de bienes procedentes de delitos se amontona sobre la regulación de la receptación común y la de la participación a título lucrativo. La fijación de espacios separados para cada una de esas figuras no dejará de causar problemas interpretativos.