

La organización (o grupo) criminal como delito antecedente del blanqueo de capitales *

Ramon Ragués i Vallès e Ivó Coca Vila

Universitat Pompeu Fabra

RAGUÉS I VALLÈS, RAMON y COCA VILA, IVÓ. La organización (o grupo) criminal como delito antecedente del blanqueo de capitales. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2023, núm. 25-07, pp. 1-20.
<http://criminet.ugr.es/recpc/25/recpc25-07.pdf>

RESUMEN: El delito de blanqueo de capitales presupone que los bienes que se blanquean tienen su origen en una actividad delictiva previa. Ante las dificultades de prueba de este elemento típico, cabe plantear si, por el mero hecho de estar en manos de una organización criminal, tales bienes pueden ser ya considerados objeto del delito de blanqueo de capitales. ¿Puede un delito de estatus como el de organización (o grupo) criminal del art. 570 bis CP constituir una actividad delictiva originadora de bienes en el sentido del art. 301 CP? En este trabajo se responde negativamente a esta pregunta. Solo las actividades ilícitas de los miembros de la organización capaces de producir bienes son susceptibles de generar bienes con origen delictivo en el sentido requerido por el art. 301 CP. La necesidad de combatir eficazmente la criminalidad organizada no legitima una interpretación *contra legem* de uno de los requisitos típicos centrales del delito de blanqueo de capitales.

PALABRAS CLAVE: blanqueo de capitales, delito antecedente, organización criminal, actividad delictiva previa.

TITLE: Criminal organization (or group) as a predicate offense to money laundering

ABSTRACT: The offense of money laundering presupposes that the property being concealed is derived from criminal activity. Given the difficulties in proving this element, the question arises as to whether, by the mere fact of being in the hands of a criminal organization, such property can already be considered derived from a criminal activity. Can a status offense such as that of a criminal organization (or group) of art. 570 bis CP constitute a criminal activity originating property in the sense of art. 301 CP? This article answers this question in the negative. Only the criminal activities of the members of the organization are able to generate a property with illicit origin in the sense required by art. 301 CP. The need to effectively combat organized crime cannot legitimize a *contra legem* interpretation of the requirements of the crime of money laundering offense.

KEYWORDS: money laundering, predicate offense, criminal organization, previous criminal activity.

Fecha de recepción: 15 enero 2023

Fecha de publicación en RECPC: 7 mayo 2023

Contactos: ramon.ragues@upf.edu - ivo.coca@upf.edu

SUMARIO: I. Introducción. II. El delito de organización (o grupo) criminal. III. El origen en una actividad delictiva del bien susceptible de blanqueo de capitales. a) Bien. b) Actividad delictiva. c) Tener su origen en... c.1) Bienes con origen inmediato en una actividad delictiva. c.2) Bienes con origen mediato en una actividad delictiva. IV. La organización criminal como delito fuente del blanqueo de capitales. V. Conclusión. Bibliografía.

* Este artículo se enmarca en la ejecución de los proyectos de investigación PID2020-115863GB-I00/MICIN/AEI/10.13039/51100011033 y RYC2018-025174-I (AEI/FSE, UE).

I. Introducción

El delito de blanqueo de capitales (art. 301 CP) es considerado uno de los tipos penales más problemáticos de la parte especial del Derecho penal contemporáneo.¹ Su objeto de protección resulta profundamente controvertido, la vaguedad e indeterminación del tipo extraordinarias y el catálogo de penas previsto de gran rigor. La interpretación jurisprudencial del delito de blanqueo de capitales al uso amplifica los problemas señalados. Por un lado, es habitual una interpretación extensiva del alcance del tipo (objetivo y subjetivo) con base en la necesidad político-criminal de combatir eficazmente la criminalidad organizada.² Dando el amplio tenor del art. 301 CP, prácticamente todo contacto con un bien que tenga su origen en una actividad delictiva, piénsese por ejemplo en el uso del anillo comprado con bienes obtenidos ilícitamente, puede ser considerado delito de blanqueo de capitales. Por el otro, cabe apreciar asimismo una tendencia a rebajar las exigencias de prueba del origen delictivo de los bienes que se ocultan.³ Aunque el art. 301 CP expresamente requiere que los bienes tengan “su origen en una actividad delictiva”, no se requiere una condena previa por el delito antecedente, que ni tan solo debe haber sido objeto de persecución penal.⁴ De hecho, la jurisprudencia suele conformarse con una prueba indiciaria de que el bien sobre el que recaen las posteriores acciones de ocultación o encubrimiento de su procedencia proviene de un delito.⁵ Basta, pues, con acreditar de modo genérico una actividad delictiva antecedente que permita -en atención a las circunstancias del caso- excluir otros posibles orígenes legales de los bienes en cuestión.

Pese a lo anterior, lo cierto es que esta última exigencia propia de un delito de conexión (relacionado con un hecho previo) como es del art. 301 CP sigue siendo uno de los obstáculos más serios para fundamentar una condena por blanqueo. En no pocas ocasiones se evidencian operaciones económicas con bienes de personas más

¹ En este sentido, vid. p.ej., SILVA SÁNCHEZ, 2010, pp. 133 Y s. Asimismo, vid. JAHN, 2020, nm. 96: el blanqueo de capitales como el “*enfant terrible*” del Derecho penal contemporáneo.

² Cfr. al respecto p.ej., STS 29 noviembre 2018 (ECLI:ES:TS:2018:4046), FD. 41º. En detalle, DEL CARPIO DELGADO, 2016, pp. 6 y ss.

³ En este sentido, vid. ya CHOCLÁN MONTALVO, 2000, pp. 24 y s.

⁴ BLANCO CORDERO, 2015, pp. 346 y s., 429 y s.

⁵ Cfr. p.ej. STS 9 octubre 2018 (ECLI:ES:TS:2018:4350).

o menos relacionadas con actividades ilícitas, pero resulta imposible probar de manera bastante que el concreto origen de dichos activos patrimoniales se encuentra en una actividad delictiva previa. La exposición de un par de ejemplos permitirá comprender mejor la cuestión que quiere abordarse en el presente trabajo:

a) Los acusados A, B, C y D controlan una serie de locales donde se ejerce la prostitución por parte de personas que han sido coaccionadas para ello y a las que se obliga a entregar una parte del beneficio obtenido. Dicha actividad se realiza en habitaciones anexas a un bar propiedad de los mismos acusados donde, de manera absolutamente legal, se sirven bebidas a la concurrencia. El acusado Z es detenido en una sucursal bancaria cuando se disponía a ingresar y transferir a otro país cantidades de dinero entregadas por los acusados, sin que pueda precisarse si los fondos incautados provienen de la actividad de prostitución, de los ingresos del bar o si son una mezcla de ambos.

b) Los acusados M, N y P regentan varios talleres de confección de prendas deportivas, en dos de los cuales se emplea a sujetos carentes de permiso de trabajo a los que se obliga a trabajar, sin ningún tipo de cobertura social, en agotadoras jornadas de hasta catorce horas. En los restantes talleres, en cambio, los trabajadores ejercen su actividad de manera plenamente conforme con la regulación vigente. El acusado J es detenido en la frontera con otro país transportando por cuenta de M, N y P una maleta que contiene 60.000 €: el sujeto manifiesta que se trata de ingresos generados exclusivamente en los talleres donde se respeta la legalidad.

c) Los acusados E, F, G y H se conciertan para llevar a cabo de forma estable y con carácter indefinido hurtos y robos en diversas ciudades turísticas. Para cubrir las necesidades logísticas de la banda (adquisición de armas y un vehículo para escapar, entre otras), los tres acusados llevan a cabo una serie de aportaciones económicas que ingresan en una cuenta bancaria de titularidad conjunta. Los fondos aportados por cada uno de los acusados tienen un origen lícito. Sin embargo, antes de que la banda comience siquiera a operar, H se apropia de la totalidad de los fondos aportados por el resto de integrantes y los transfiere a una cuenta particular en un paraíso fiscal.

En los dos primeros ejemplos un sujeto realiza una actividad apta para la ocultación de bienes pertenecientes a otros sujetos integrados en una organización criminal, pero no logra precisarse si las concretas cantidades que pretendía ocultar tienen su origen en una actividad lícita (la venta de bebidas, los talleres legales) o bien en un comportamiento delictivo (los ingresos por prostitución, los talleres ilegales), pues se produce una confusión o mezcla de los activos de procedencia lícita e ilícita.⁶ En el tercer supuesto, el acusado que se apropia de los fondos de la banda lleva a cabo una actividad apta para la ocultación de bienes pertenecientes -como mínimo en términos puramente fácticos-⁷ a una organización criminal en virtud de un acto delictivo, a saber, una cooperación económica con una organización criminal (art. 570 bis CP). La cuestión aún puede complicarse más si, por ejemplo, el blanqueo se realiza

⁶ Sobre la calificación jurídica de los bienes mezclados, cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, 2015, pp. 447 y ss.

⁷ Pese a la aportación de los fondos a la empresa colectiva, la organización criminal, sea considerada una sociedad irregular o una mera comunidad de bienes, carece de toda personalidad jurídica. Por ende, aquella nunca llega a adquirir la propiedad sobre los fondos aportados por sus miembros.

respecto de bienes generados en otro país y su origen es delictivo allá donde se producen, pero no donde se blanquean (por ejemplo, el delito fiscal, que no suele ser punible en los llamados “paraísos fiscales”).⁸ Si se parte del principio de doble incriminación –que exige para castigar el blanqueo supranacional que los bienes tengan origen en una conducta que sea constitutiva de delito en los dos países implicados-,⁹ ¿cuál debe ser la respuesta jurídica si la organización criminal que blanquea bienes en el extranjero se nutre tanto de bienes procedentes de actividades que son delito en ambos países como de bienes que sólo tienen origen delictivo en el país de origen? ¿y qué sucede si, por añadidura, cuenta también con ingresos que son lícitos en su origen?

Ante los tres escenarios acabados de ejemplificar, el delito de organización (o grupo) criminal parece presentarse como el camino sencillo y directo para superar las dificultades de prueba del carácter ilícito de los bienes ocultados. Así, si se acepta que el delito de organización criminal constituye *per se* la actividad delictiva en la que tienen origen los bienes que tratan de ocultarse, será suficiente para castigar por blanqueo de capitales con acreditar que la persona que ha llevado a cabo la transacción económica ha recibido los bienes de un sujeto perteneciente a una de tales organizaciones. De qué manera ha conseguido la organización hacerse con tales bienes, esto es, si estos han sido conseguidos lícita o ilícitamente, pasaría a ser irrelevante. El mero contacto con un miembro de la organización convertiría a un bien en un objeto susceptible de ser blanqueado en tanto que proveniente de una actividad delictiva.

Volviendo a los dos primeros ejemplos, si se acepta esta hipótesis, todos los ingresos obtenidos tanto con la venta legal de bebidas (a) como con los talleres ilegales (b) deben considerarse como el producto de un delito, en la medida en que tales actividades se realizan por miembros de una organización delictiva y constituyen las ganancias de una misma “empresa criminal”. Y a las mismas consecuencias prácticas se llegaría en el tercer ejemplo (c): dado que la aportación de los fondos cuyo origen se trata de ocultar es penalmente típica en tanto que delito de organización criminal, en concreto, en tanto que forma de cooperación económica con una organización criminal, pues los fondos pertenecen (como mínimo en un sentido fáctico) a tal organización, aquellos también tendrían su origen en una “actividad delictiva”. Así las cosas, el tipo penal de la organización (o grupo) criminal vendría a ser algo así como un tipo que absorbería todas las ganancias –tanto lícitas como ilícitas- generadas por la estructura criminal organizada, tanto por las personas jurídicas que la pudieran integrar, como por las personas físicas individuales que participan de la empresa criminal. En tanto que bienes fácticamente dominados por dicha organización, todos esos activos pasarían a tener un origen delictivo y, en consecuencia, a ser susceptibles de un posterior blanqueo penalmente típico.

⁸ Al respecto, en detalle, vid. p.ej., DEL CARPIO DELGADO, 2015, pp. 696 y ss.

⁹ Cfr. al respecto p.ej., BLANCO CORDERO, 2015, pp. 385 y ss.; NIETO MARTÍN, 2022, pp. 1273 y ss.

¿Se trata esta de una ingeniosa solución para evitar la impunidad del blanqueo ante la imposibilidad de probar los delitos antecedentes cometidos por los miembros de una organización criminal? ¿O estamos, más bien, ante un paso ulterior en la inaceptable rebaja de la carga de la prueba de la actividad delictiva en la que habría de tener su origen el bien que se pretende blanquear? En otras palabras: ¿puede un delito de estatus como el de organización (o grupo) criminal del art. 570 bis CP constituir *per se* una actividad delictiva originadora de bienes en el sentido del art. 301 CP, o son solo las actividades delictivas de los miembros de la organización capaces de producir bienes susceptibles de ser posteriormente blanqueados?

A responder a esta cuestión se dedica el presente trabajo.¹⁰ Aunque el problema se plantea en idénticos términos en la mayoría de ordenamientos penales occidentales, tomamos en lo que sigue como referencia el ordenamiento español. Aunque el problema se plantea también en relación con el delito de grupo criminal (570 ter CP) y de organización o grupo terrorista (571 CP ss.), tomamos como referencia de ahora en adelante exclusivamente el delito del art. 570 bis CP. Así las cosas, en el próximo apartado (2) se analizan sucintamente las distintas conductas típicas constitutivas del referido delito de organización criminal (570 bis CP). En el apartado (3) analizamos en detalle el requisito del tipo objetivo del delito de blanqueo de capitales fundamental a los efectos de este trabajo, a saber, la exigencia de que los bienes tengan “su origen en una actividad delictiva”. Solo entonces, ya en el apartado (4), estaremos en disposición de valorar si la comisión de un delito de organización criminal tiene *per se* la capacidad de producir bienes de origen delictivo aptos para ser blanqueados. El presente trabajo concluye con un último apartado (5) dedicado a condensar las principales tesis alcanzadas en lo que sigue.

II. El delito de organización (o grupo) criminal

El art. 570 bis CP castiga con pena de prisión a quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal, así como a quienes participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo. El citado precepto ofrece una definición legal de organización criminal, a saber, la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido que, de manera concertada y coordinada, se repartan tareas y funciones a fin de cometer delitos. Por su parte, el

¹⁰ Quedan pues a un lado otras dos cuestiones relevantes fruto de la convergencia del fenómeno de la organización delictiva con el blanqueo de capitales, a saber, por un lado, si los miembros de dichas organizaciones que realizan actos de ocultación del origen de tales bien deben responder por ambos delitos o únicamente por el primero. Por el otro, los problemas concursales que plantea la existencia de modalidades agravadas de blanqueo de capitales en aquellos casos en los que la actividad de blanqueo se comete por parte de una organización delictiva (art. 302 CP). Sobre esta segunda cuestión, cfr. p.ej., RUANO MOCHALES, 2018, nm. 1325 ss., con ulteriores referencias.

art. 570 ter CP tipifica la constitución, financiación o integración de un grupo criminal, agrupación definida legalmente por contraposición a la noción de organización.

En este lugar no pretendemos abordar el profuso debate sobre la legitimidad del delito de organización criminal,¹¹ ni los notables problemas de (in)determinación legal que presentan los conceptos de organización y grupo criminal.¹² A los efectos que aquí interesan, esto es, decidir si el delito de organización criminal puede como tal ser considerado una actividad delictiva en el sentido requerido por el delito de blanqueo de capitales, es suficiente con examinar brevemente las distintas conductas típicas del delito de organización criminal (art. 570 bis CP).

El propio art. 570 bis CP separa sus conductas típicas en dos grupos en atención al distinto reproche penal que merecen. Entre las conductas denominadas de “primer nivel”, esto es, aquellas que suponen una contribución a la organización de mayor relevancia, se cuentan la promoción, constitución, organización, coordinación y dirección de una organización criminal. Se considera promotores o constituyentes a quienes adoptan decisiones o desempeñan responsabilidades de carácter fundacional o de creación y puesta en funcionamiento de la organización. Es decir, aquellos sujetos que determinan las actividades y finalidades de la organización y sus líneas esenciales de actuación, así como aquellos que asumen el rol de “ideólogos” de las actividades y finalidades de la organización, o reclutan y adoctrinan a futuros miembros. Por su parte, se considera directores, organizadores y coordinadores a aquellos sujetos que gobiernan o mandan en el colectivo, esto es, aquellos que ostentan la capacidad de decisión autónoma respecto de las actividades criminales de la organización.¹³ En todo caso, la realización de estos comportamientos supone la consumación del delito de organización criminal de forma instantánea, sin que sea necesario que se ejecuten ni tan siquiera que se inicien las infracciones penales que constituyen el objetivo criminal de la organización.

Las conductas de “segundo nivel” tipificadas en el art. 570 bis CP son la participación activa en la organización, el formar parte de ella o el cooperar con aquella de cualquier modo. Se trata, en definitiva, de aquellas conductas de participación de menor importancia llevadas a cabo por quienes ostentan rangos jerárquicos inferiores

¹¹ Una panorámica al respecto en BOCANEGRA MÁRQUEZ, 2020, pp. y 50 ss.; o ZURITA GUTIÉRREZ, 2020, pp. 243 y ss. Y antes, en profundidad, SILVA SÁNCHEZ, 2003, pp. 1069 y ss., quien concibe el delito como una forma de intervención anticipada; CANCIO MELIÁ, 2008, pp. y 30 ss., para quien el injusto residiría en el desafío al monopolio estatal de la violencia; o PASTOR MUÑOZ, 2005, pp. 45 y ss., quien lo concibe como un delito de manifestación objetiva de peligrosidad lesivo de la seguridad normativa. En el contexto alemán, críticamente, vid. p.ej., BÜRGER, 2023, pp. 67 y ss., con múltiples referencias al debate contemporáneo.

¹² Cfr. BOCANEGRA MÁRQUEZ, 2020, pp. 107 y ss.

¹³ En esta línea, vid. la Circular FGE 2/2011, de 2 de junio sobre la reforma del Código Penal. Vid. además la STS 19 enero 2007 (ECLI: ES:TS:2007:1025), donde se define al director o promotor como aquel sujeto que “tenga encargada la responsabilidad de una función determinada y que desempeñe la correspondiente tarea de mando o decisión sobre otra u otras personas con las que en común tenga el cometido de planificar o ejecutar las correspondientes acciones, siempre dentro de la estructura de la banda o grupo”.

en la organización. “Participa activamente” aquel sujeto que, siendo miembro permanente de la organización, asume -subordinándose a la dirección- un rol o tarea específicos como forma de contribución al fin criminal de la organización. Como ha señalado el Tribunal Supremo español, la “intervención activa no equivale tanto a la futura autoría o coparticipación en los delitos, sino más bien ha de hacerse equivalente a cualquier intervención causal relevante y dolosa en el proceso de preparación y ejecución de alguno de ellos”.¹⁴

Especialmente problemática en términos de legitimación es la referencia legal al mero hecho de “formar parte” de la organización como conducta típica. A fin de garantizar su compatibilidad con el principio de responsabilidad por el hecho, hay quien entiende “formar parte” como algo más que la mera militancia activa, exigiendo la prueba de la realización de tareas genéricas de modo continuado a favor de la organización.¹⁵ Finalmente, el catálogo de conductas típicas de “segundo nivel” concluye con la alusión a la “cooperación económica o de cualquier otro modo”. La doctrina mayoritaria en España asume que esta conducta es la única que puede ser realizada por un sujeto (externo) no integrante de la agrupación delictiva.¹⁶ El cooperador, pues, no deberá estar vinculado o sometido de forma permanente a la voluntad grupal de la organización, ni a su disciplina y normas, ni tendrá que haber asumido un rol o función estable en el organigrama. Especialmente importante a los efectos que aquí importan es la “cooperación económica”. La financiación de las actividades de la organización criminal, en tanto que contribución causal al mantenimiento y desarrollo de las estructuras organizativas de la agrupación, es también constitutiva del delito del art. 570 bis CP, incluso cuando el acto de cooperación económica no esté directamente vinculado con la comisión de uno de los delitos que dan sentido a la organización criminal. Y es que, de nuevo, el art. 570 bis CP se consume de forma instantánea con el acto de financiación, sin que sea necesario que se ejecuten ni tan siquiera que se inicien las infracciones penales que constituyen el objeto de su actividad ilícita.

III. El origen en una actividad delictiva del bien susceptible de blanqueo de capitales

La conducta constitutiva de blanqueo de capitales debe tener por objeto bienes cuyo origen se encuentre en la comisión de un delito previo. En el caso español, el art. 301 CP exige que el autor del delito de blanqueo sepa que los bienes que ad-

¹⁴ STS 31 marzo 2010 (ECLI:ES:TS:2010:1555).

¹⁵ En este sentido, cfr. p.ej. BOCANEGRA MÁRQUEZ, 2020, p. 243; o anteriormente, LLOBET ANGLÍ, 2012, p. 681.

¹⁶ BOCANEGRA MÁRQUEZ, 2020, pp. 245 y s.

quiere, posee, utiliza, convierte o transmite “tienen su origen en una actividad delictiva”, ya sea cometida por el mismo o por un tercero.¹⁷ Este presupuesto fundamental del tipo objetivo del delito de blanqueo de capitales plantea, a los efectos que importan en este trabajo, tres cuestiones centrales. Nos referimos al concepto de “bien”, de “actividad delictiva” y al vínculo requerido entre lo uno y lo otro, esto es, “tener su origen en”.

a) *Bien*

Pocos problemas plantea en la actualidad la determinación del concepto de “bien”. Doctrina y jurisprudencia asumen un concepto amplio, como cualquier activo con valor económico.¹⁸ Esta definición abarca, pues, tanto los bienes muebles como los inmuebles, los corporales e incorporeales, los derechos o valores, así como los créditos. Esta definición es también la acogida por los diferentes textos internacionales reguladores del blanqueo de capitales,¹⁹ y es también la asumida por los ordenamientos penales de nuestro entorno.²⁰ Más controvertido es si solo son bienes a estos efectos los lícitos o si también pueden ser objeto de blanqueo los objetos fuera del comercio, por ejemplo, la droga o los riñones con los que trafica una organización criminal dedicada al tráfico de órganos.²¹ Sea como fuere, es importante matizar que el art. 301 CP no se refiere a los bienes que constituyen el objeto material del delito antecedente, p.ej., la sustancia tóxica en el delito de tráfico de drogas, sino a aquellos que tienen su origen en este, como puede ser el dinero obtenido con la venta de dichas sustancias.

b) *Actividad delictiva*

En segundo lugar, se plantea la duda de qué significa en el marco del art. 301 CP una “actividad delictiva”. Lo único incuestionable es que todo delito puede ser, en principio, un delito previo o antecedente del blanqueo de capitales.²² Por un lado, se

¹⁷ Para un detallado estudio del objeto material del blanqueo de capitales en la normativa internacional, cfr. DEL CARPIO DELGADO, 2015, pp. 662 y ss.

¹⁸ Al respecto cfr. p.ej. DEL CARPIO DELGADO, 1997, pp. 95, 97; ABEL SOUTO, 2005, p. 183; BERMEJO, 2015, pp. 318 y s.; CALDERÓN TELLO, 2016, pp. 355 y s. Tempranamente, asimismo, vid. GÓMEZ INIESTA, 1996, pp. 47 y s.

¹⁹ En profundidad, DEL CARPIO DELGADO, 2015, pp. 662 y ss.

²⁰ Cfr. p.ej., en el contexto alemán KRAUSE, 2022, nm. 10.

²¹ Restringiendo la noción legal de bien a los susceptibles de tráfico mercantil, vid. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, 2000, p. 182; y CALDERÓN TELLO, 2016, pp. 359 y s. Crítico con este parecer, vid. p.ej., en la doctrina alemana JAHN, 2020, nm. 36.

²² Sobre la expansión del círculo de delitos previos en la normativa internacional, cfr. DEL CARPIO DELGADO, 2015, pp. 675 y ss.

asume mayoritariamente que es suficiente con que el bien tenga su origen en un hecho (penalmente) antijurídico, sea doloso o imprudente,²³ pero ni es necesaria la culpabilidad del sujeto (accesoriedad limitada),²⁴ ni que el hecho delictivo se haya llegado a consumar. Tanto la tentativa como los actos preparatorios punibles constituirían ya “actividad delictiva” a estos efectos.²⁵

Cuando los hechos de los que resultan los bienes blanqueados se producen en el extranjero se plantea la duda de si el carácter delictivo de la actividad debe establecerse en atención al derecho extranjero, al derecho español, o si debe ser antijurídica en ambos ordenamientos. Aunque la cuestión es controvertida,²⁶ la jurisprudencia española se aferra en los últimos tiempos al principio de doble incriminación:²⁷ la actividad antecedente debe ser delictiva en ambos ordenamientos. Por el otro, como se ha señalado arriba, no es necesario que exista una condena penal previa por la “actividad delictiva” de la que proceden los bienes, ni siquiera que se haya abierto un procedimiento para el esclarecimiento de tales hechos.²⁸ Se considera suficiente con acreditar la presencia antecedente de una actividad delictiva que, en atención a las circunstancias del caso, permita excluir razonablemente otros posibles orígenes (lícitos) de los bienes blanqueados, de modo que el juez alcance la convicción de que tales bienes derivan de un previo delito, cuya concreta tipicidad no es necesario especificar. El estándar de prueba requerido para acreditar la actividad delictiva precedente no es, pues, tan exigente como el requerido para hacer decaer la presunción de inocencia y condenar por el correspondiente delito.²⁹

c) *Tener su origen en...*

Y en tercer y último lugar, resulta fundamental a los efectos de este trabajo concretar la expresión “tener su origen en” en el marco del art. 301 CP. Pese a la importancia capital de esta cláusula para concretar el alcance del tipo del blanqueo de capitales, lo cierto es que el legislador español ha optado por una fórmula esencialmente vaga que da lugar a una profunda incertidumbre acerca de qué bienes tienen efectivamente su origen en una actividad delictiva.³⁰

²³ En favor de la consideración el delito imprudente como “actividad delictiva” a los efectos del art. 301 CP, cfr. BLANCO CORDERO, 2015, pp. 384 y s.: el art. 127 CP expresamente prevé (desde el año 2010) el comiso de los efectos, instrumentos o ganancias procedentes de un delito imprudente.

²⁴ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, 2000, p. 198.

²⁵ En este sentido, cfr. BLANCO CORDERO, 2015, p. 383. De otra opinión, sin embargo vid. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, 2000, p. 197.

²⁶ Al respecto, en detalle, BLANCO CORDERO, 2015, pp. 385 y ss.

²⁷ En detalle, vid. la SAN 24 abril 2019 (ECLI: ES:AN:2019:1471). Vid. sobre todo ello, en profundidad, NIETO MARTÍN, 2022, pp. 1273 y ss.

²⁸ En profundidad, vid. p.ej., BLANCO CORDERO, 2015, pp. 428 y ss.

²⁹ STS 26 abril 2017 (ECLI: ES:TS:2017:1695); y STS 21 marzo 2018 (ECLI: ES:TS:2018:1145).

³⁰ Con razón lo advierte MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2019, p. 613. En la discusión suiza, en profundidad, vid. RENTSCH, 2020, pp. 149 y ss.; en la alemana, VOB, 2006, pp. 30 y ss.; o LEIP, 1999, pp. 66 y ss. Sobre la difícil compatibilidad de esta cláusula con el mandato de determinación, cfr. JAHN, 2020, nm. 4 ss.

Tampoco los textos normativos supranacionales, sin duda, un instrumento interpretativo de primer orden, ofrecen aquí respuestas claras. Así, el art. 6 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada transnacional (2000) se refiere a “bienes [que] son producto del delito”, pero no precisa si ello abarca el delito consistente en la creación de la organización misma o si se está refiriendo al delito o delitos para cuya comisión se ha constituido precisamente dicha organización. Algo similar sucede en el art. 23 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003). Y tampoco la normativa europea ofrece una interpretación clara sobre la clase de nexo requerido entre el bien y el delito antecedente. Aunque la Directiva de la Unión Europea 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2018 establece, modificando el art. 3.4.c de la Directiva 2015/489, que las actividades de las que dimanen los bienes susceptibles de posterior blanqueo abarcan “las actividades de organizaciones delictivas, según la definición del artículo 1, apartado 1, de la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo”, dicho precepto no aclara si tal remisión incluye cualquier bien del que es titular una organización delictiva o solamente aquellos derivados de las actividades delictivas cometidas en el seno de una organización. Lo mismo cabe afirmar respecto del Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo (2005). Aunque es cierto que en el anexo 1 se incluye el delito de “participación en un grupo delictivo organizado”, la pregunta sobre el origen de los fondos queda también allí sin respuesta clara.

Existe acuerdo en la doctrina penal en que la remisión a “tener su origen en” determina un vínculo entre el bien y el delito más laxo que el exigido por el delito de receptación (art. 298 CP), que expresamente alude a los “efectos del delito”, pero ello no significa que todo bien relacionado de cualquier modo con un delito pueda ser blanqueado. La doctrina española suele concretar la cláusula del “tener su origen en” remitiéndose a la noción de nexo causal.³¹ Lo mismo vale para la doctrina y jurisprudencia alemanas y suiza en relación con el verbo típico “*herrühren*” (resultar de).³² Tiene su origen en una actividad delictiva aquel bien que se deriva -contemplado desde una perspectiva económica- en términos causales de dicha actividad penalmente ilícita. Esta es también la interpretación que ha hecho el Tribunal Supremo español, pues, en sus propias palabras, se malinterpretaría el tipo del blanqueo si se considerara “que el origen de los bienes en un delito se satisface con la simple «constatación de algún vínculo o conexión con actividades o con personas o grupos relacionados con el mismo»”, pues “no se trata de un vínculo cualquiera con personas o grupos, sino con un hecho punible en el que los bienes deben tener su origen”, ya

³¹ Cfr. p.ej., ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, 2000, pp. 201 y ss. En la doctrina alemana, en este mismo sentido, en consonancia con la jurisprudencia del BGH, vid. p.ej., KRAUSE, 2022, nm. 11: “nexo causal en el sentido de que la existencia del objeto deba tener su origen en el hecho previo”.

³² En detalle, vid. RENTSCH, 2020, pp. 156 y s.; o KRAUSE, 2022, nm. 11 y ss.

que “como ha puesto de manifiesto la doctrina, se trata de una relación «causal» entre ambos delitos”.³³

Al igual que sucede en el ámbito de la atribución de resultados típicos, los excesos a los que conduce la teoría de la equivalencia de las condiciones, especialmente ante bienes sustitutivos y en caso de mezcla de activos lícitos y lícitos, son corregidos aquí a través de criterios normativos, no muy distintos a los desarrollados por la teoría de la imputación objetiva del resultado.³⁴ A fin de concretar la relación exigible entre la actividad delictiva y el bien resultante, es común distinguir entre aquellos bienes que tienen un origen inmediato en la actividad delictiva previa de aquellos que tienen un origen mediato en dicha actividad.

c.1) *Bienes con origen inmediato en una actividad delictiva*

Pocos problemas plantea -a primera vista- la determinación del origen delictivo de bienes que inmediatamente provienen de una actividad criminal. Claramente tiene su origen en una actividad delictiva en el sentido del art. 301 CP el producto o efecto del delito (*producta sceleris*), esto es, aquellos bienes producidos por el delito antecedente (dinero falsificado, sustancias tóxicas producidas...).³⁵ Aquí, ya desde una perspectiva ontológica, los bienes le deben su misma existencia a la comisión del hecho delictivo previo, esto es, el billete falsificado, por ejemplo, existe como tal, dejando de ser papel y tinta, única y exclusivamente en virtud de la comisión del delito falsario. Es evidente, pues, que tales bienes tienen su origen en la actividad delictiva según lo requerido por el art. 301 CP.

También provienen inmediatamente de la actividad delictiva previa y son objeto idóneo del delito de blanqueo de capitales los beneficios, utilidades o ganancias del delito (*scelere quaesita*), esto es, aquellos rendimientos que obtiene el delincuente con la comisión del delito, esto es, que constituyen la consecuencia económica de la comisión de un delito antecedente.³⁶ Aquí no solo se cuenta el bien conseguido a través de la ejecución del delito, piénsese en el botín en un delito de robo, sino también el precio, la promesa o recompensa del delito (*praetium sceleris*), pues el origen de tal pago se encuentra precisamente en la comisión de la actividad delictiva.³⁷ Asimismo, son también objeto idóneo del delito de blanqueo de capitales en tanto que ganancias del delito la comisión cobrada ilícitamente por un funcionario público o el rescate conseguido a través de un delito de secuestro.³⁸ Aunque el bien no le deba al delito su existencia ontológica, a ojos

³³ STS 5 octubre 2006 (ECLI: ES:TS:2006:7204).

³⁴ En profundidad, cfr. BARTON, 1993, pp. 162 y ss.; o entre nosotros, GARCÍA CAVERO, 2015, pp. 99 y ss.

³⁵ Cfr. ALTENHAIN, 2017, nm. 62. En la doctrina española, aunque excluyendo los *producta sceleris* fuera del comercio, vid. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, 2000, p. 204.

³⁶ Cfr. BLANCO CORDERO, p. 350; CALDERÓN TELLO, 2016, p. 371.

³⁷ RENTSCH, 2020, pp. 156 y s.

³⁸ En detalle, EL-GHAZI, 2020, nm. 62.

de la doctrina y jurisprudencia dominantes, tiene su origen en una actividad delictiva previa.

Es objeto de importante discusión doctrinal si los meros instrumentos con los que se ha realizado (o preparado) el delito (*instrumenta sceleris*) tienen o no su origen en la actividad delictiva en el sentido del art. 301 CP. De forma prácticamente unánime se afirma que los instrumentos del delito, esto es, aquellos bienes que el autor utiliza o planea utilizar para la realización del delito, no son bienes susceptibles de blanqueo.³⁹ Por un lado, se recurre a un argumento gramatical: los instrumentos utilizados para cometer el delito no tienen su origen en este, sino que se recurre a ellos para la comisión del delito.⁴⁰ Dado que el bien ya se encuentra en la esfera de dominio del interviniente en el delito antes de su comisión, el dominio sobre dicho bien no trae causa del delito, esto es, la conducta previa no es el origen del bien. Por el otro, se esgrime un argumento teleológico: la normativa antiblanqueo no pretende sancionar la ocultación de un instrumento, sino de los beneficios o el producto de un delito.⁴¹ Considerar los instrumentos del delito un bien susceptible de blanqueo llevaría a afirmar, por ejemplo, que el sujeto que vende el hacha con la que habitualmente corta la leña y con la que un día decide golpear a su hermano está blanqueando capitales.

Finalmente, coincide la doctrina en que los así llamados “objetos relacionales” (*Beziehungsgegenstände*), esto es, aquellos objetos involucrados necesariamente en el delito, pero que no son utilizados o destinados como medio para la realización del tipo,⁴² tampoco son objeto idóneo del delito de blanqueo de capitales. Los objetos relacionales, también conocidos a veces como los objetos materiales del delito previo,⁴³ son, en realidad, el objeto (pasivo) del delito en sí. Entre estos se cuentan aquellos cuya intervención es un presupuesto conceptual de la realización del tipo, como por ejemplo el vehículo a motor en un delito de conducción sin carné, el arma ilegal en el delito de tenencia ilícita de armas o los estupefacientes fabricados ilícitamente. Dado que el delito antecedente sería imposible sin la intervención de tales bienes, estos no pueden tener tampoco su origen en una actividad delictiva en el sentido requerido por el art. 301 CP.⁴⁴

³⁹ Muy claro en este sentido, vid. p.ej. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, 2000, p. 205; o LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2018, p. 508. Asimismo, vid. GARCÍA CAVERO, 2015, p. 98. De otra opinión, vid. sin embargo PALMA HERRERA, 2000, p. 316. En la discusión alemana, como en el texto, BISCHOFBERGER, 2010, pp. 100 y s.; ALTENHAIN, 2017, nm. 63; o BERNDT; MÜLLER; HÜMMRICH-WELT, 2020, nm. 69. En la discusión suiza, en contra de considerar el instrumento del delito bien susceptible de blanqueo vid. también VEST, 2001, p. 428; RENTSCH, 2020, p. 157.

⁴⁰ Así LEIP, 1999, p. 94.

⁴¹ EL-GHAZI, 2020, nm. 64, crítico con la tesis del BGH según la cual el dinero recibido por un funcionario público en comisión de un delito de cohecho es objeto idóneo de un delito de blanqueo de capitales: “El activo que se utiliza para sobornar no tiene su causa en el acto ilegal del soborno, sino que ya estaba presente de antemano, y la ilegalidad del activo solo proviene de su uso delictivo”.

⁴² En detalle al respecto, cfr. SCHMIDT, 2008, nm. 19.

⁴³ Así se refiere a ellos, por ejemplo, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, 2000, p. 205.

⁴⁴ En este sentido, BERNDT; MÜLLER; HÜMMRICH-WELT, 2020, nm. 70. De otra opinión, entre nosotros, vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2019, p. 608, aunque limitándolo a ciertos objetos materiales, por ejemplo, el de un delito de malversación.

c.2) *Bienes con origen mediato en una actividad delictiva*

Asimismo, la doctrina penal coincide en que también los bienes que se derivan solo mediamente de una actividad delictiva pueden ser objeto idóneo del delito de blanqueo de capitales.⁴⁵ Es decir, también aquellos bienes que resultan de una serie de procesos de transformación de los bienes delictivos originarios (bienes sustitutivos) pueden tener su origen en una actividad delictiva en el sentido del art. 301 CP (contaminación permanente).⁴⁶ Especialmente problemática resulta la naturaleza del bien que se conforma a partir de la mezcla de bienes con origen delictivo y bienes de origen lícito. Descartada la tesis de la “total contaminación”,⁴⁷ esto es, aquella que afirma que todo el bien resultante de la mezcla tiene un origen delictivo a los efectos del delito de blanqueo,⁴⁸ la doctrina dominante opera, con distintas etiquetas, con una teoría intermedia que busca límites normativos a la referida tesis extrema: el bien resultante es susceptible de blanqueo cuando la parte integrante ilícita alcance un umbral de relevancia determinado (“nivel de significancia”)⁴⁹ o cuando, contemplado desde una perspectiva económica, el resultante de la mezcla se presente como un bien esencialmente contaminando.⁵⁰ Los partidarios de la así llamada teoría de la contaminación parcial, por su parte, entienden que el bien mezclado solo procede de un delito previo en la parte en que haya sido financiado por bienes procedentes del delito o sus sustitutivos.⁵¹ En todo caso, será imprescindible probar el origen ilegal de esa parte del bien. Como señala BLANCO CORDERO, “no parecería admisible considerar íntegramente de origen ilegal un bien mezclado respecto del cual sólo se ha probado su ilegalidad en una parte, y cargar al titular la prueba de que existe una parte de origen legal”.⁵²

IV. La organización criminal como delito fuente del blanqueo de capitales

Llegados a este punto es momento ya solo de responder la pregunta central planteada al inicio de este trabajo: ¿tiene realmente el delito de organización criminal como tal la capacidad de producir bienes en el sentido demandado por el delito de blanqueo de capitales? Retomando el tercero de los casos arriba propuestos, ¿comete un delito de blanqueo de capitales el integrante de una organización criminal que oculta los fondos -de origen lícito- aportados por los miembros de una organización dedicada a la delincuencia patrimonial?

En nuestra opinión, esta pregunta debe responderse de manera negativa. Un delito

⁴⁵ *Pars pro toto*, FABIÁN CAPARRÓS, 1998, pp. 390 y s., con ulteriores referencias.

⁴⁶ Tomando como referencia el art. 305 CP Suizo, vid. en detalle RENTSCH, 2020, pp. 158 y ss.

⁴⁷ Críticamente, vid. de forma resumida CARLOS DE OLIVEIRA, 2020, pp. 650 y s.

⁴⁸ Cfr. al respecto BLANCO CORDERO, 2015, pp. 447 y ss.

⁴⁹ Cfr. p.ej., GARCÍA CAVERO, 2015, p. 107.

⁵⁰ Al respecto, en detalle, EL-GHAZI, 2020, nm. 73 ff.; RENTSCH, 2020, pp. 158 y ss.

⁵¹ Entre nosotros, vid. BLANCO CORDERO, 2015, pp. 448 y ss.

⁵² BLANCO CORDERO, 2015, p. 454.

de estatus como el delito de organización criminal no tiene *per se* capacidad para generar bienes susceptibles de ser posteriormente blanqueados. Solo los concretos delitos cometidos por los miembros de la organización pueden efectivamente dar lugar a bienes que tengan, ahora sí, su origen en una actividad delictiva en el sentido demandado por el art. 301 CP.⁵³ Esta conclusión viene obligada ya por el tenor literal del art. 301 CP. Y es que, como se ha señalado arriba, el tipo del blanqueo de capitales exige que el bien “tenga su origen” en una actividad delictiva previa. Así las cosas, la simple comisión de un delito de estatus como el de organización criminal no puede dar lugar o producir un bien susceptible de ser blanqueado. Y esta afirmación vale con independencia de la concreta conducta típica a través de la que se cometa el delito de organización criminal.

Lo anterior resulta incuestionable cuando el delito de organización criminal se comete a través de las conductas denominadas de “primer nivel”, esto es, la promoción, constitución, organización, coordinación y dirección de una organización criminal. Ninguna de estas conductas típicas es *per se* idónea para producir bienes, por lo que estos no pueden tener su origen en una actividad delictiva. Aquello que tiene la capacidad de generar bienes susceptibles de ser blanqueados son los concretos delitos cometidos por los miembros de la organización, pero no el acto de constitución, organización, coordinación o dirección de esta. Como ha señalado correctamente ZÖLLER, tales comportamientos determinan causalmente una estructura organizativa idónea para generar ilícitamente recursos, pero no dan lugar a activos patrimoniales susceptible de ser blanqueados. Le dan vida a la asociación, pero no le proporcionan financiación.⁵⁴ Y esto en nada cambia cuando la organización criminal sea capaz de generar y aumentas sus recursos. Tales bienes, de nuevo, no traen causa del delito de organización criminal, sino en las operaciones (lícitas o ilícitas) llevadas a cabo por sus miembros para generarlos. El delito de organización criminal, a lo sumo, sienta las bases para que a través de ulteriores conductas delictivas se generen

⁵³ En esta línea, aunque tomando como referencia el ordenamiento alemán, vid. ZÖLLER, 2011, pp. 1038 y ss.; próxima, aunque sin tomar expresamente partido, vid. VIDALES RODRÍGUEZ, 2015, pp. 106-110. Esta autora toma como referencia para sus reflexiones la Sentencia 25191/14, de 27 de febrero, de las Secciones Unidas Penales de la Corte Suprema de Casación Italiana, en la que se concluye que el delito de asociación mafiosa es autónomamente capaz de generar un patrimonio ilícito con independencia de la comisión de particulares delitos (5.3.). Sobre este fallo, en profundidad, vid. asimismo DELLA RAGIONE; ENNA, 2018, pp. 415 y ss., 429 y ss. El principal argumento esgrimido por la Corte, a saber, que debe admitirse que tal clase de asociación genera *per se* bienes ilícitos porque entre las finalidades de la asociación mafiosa se incluye la de obtener ventajas o beneficios de actividades lícitas mediante el método mafioso es altamente cuestionable y, en todo caso, irrelevante a nuestros efectos. Es indiscutible que entre las finalidades de la organización criminal ex art. 570 bis CP no se cuenta la consecución de fondos a través de actividades lícitas. Tampoco son concluyentes los otros dos argumentos presentados por la Corte, a saber, las supuestas necesidades político-criminales y el hecho de que los bienes de una asociación mafiosa sean confiscables con independencia de su origen. Ni las necesidades político-criminales autorizan a apartarse del tenor literal de los tipos en su interpretación, ni el carácter confiscable de un bien lo hace objeto idóneo del delito de blanqueo de capitales.

⁵⁴ ZÖLLER, 2011, p. 1039.

bienes susceptibles de ser blanqueados. Si, como sucede en los dos primeros ejemplos propuestos al inicio del trabajo (a) y (b), una organización obtiene bienes simultáneamente de forma lícita e ilícita, habrá de estarse a la teoría de la contaminación y determinar si el bien resultante ocultado es o no ilícito a estos efectos. En todo caso, habrá de probarse la específica actividad delictiva de donde provienen una parte de los bienes. En su defecto, no estaremos ante una suma de bienes con un origen delictivo en el sentido demandado por el delito de blanqueo de capitales. En pocas palabras, no todo bien dominado de un modo u otro por una organización criminal tiene automáticamente su origen en una actividad delictiva previa.

Y en nuestra opinión, esta misma conclusión es válida también cuando el delito de organización criminal se comete a través de una conducta de “segundo nivel”.⁵⁵ El mero hecho de participar en una organización criminal o formar parte de ella no son conductas idóneas *per se* para producir bienes susceptibles de ser blanqueados. Esto significa que en los dos primeros ejemplos presentados al inicio de este trabajo (a) y (b), las maniobras de ocultación patrimonial descritas no pueden ser constitutivas nunca de blanqueo de capitales.⁵⁶ El que los miembros de una organización criminal o el que determinadas personas jurídicas integradas en una organización dispongan de unos fondos no permite como tal afirmar que los bienes en cuestión tienen automáticamente su origen en una actividad delictiva, a saber, la participación en una organización criminal. De nuevo, las conductas constitutivas del delito de organización criminal de “segundo nivel” en modo alguno originan bienes ilícitos, sino que estos tienen su origen necesariamente también en una concreta actividad delictiva llevada a cabo por miembros de la organización. La imposibilidad de demostrar efectivamente tales conductas ilícitas y, por ende, que los fondos de los que dispone una agrupación de sujetos tienen origen en una actividad delictiva no puede enmendarse afirmando que los bienes tienen su origen en un delito de estatus como el de organización criminal. Allí donde se pueda probar tan solo el carácter ilícito de una parte de los fondos dominados por la organización habrá de estarse a la dogmática de la contaminación.⁵⁷ Solo cuando la parte de los bienes contaminados sea notablemente más significativa que la parte limpia cabrá considerar el bien resultante de la mezcla objeto del delito. Cuando, por el contrario, no sea posible probar el carácter ilícito de los bienes que se pretenden ocultar, no pueden burlarse -en evidente quebranto del principio de legalidad (penal) y el principio de inocencia- el tenor literal del art. 301 CP para convertir el delito de blanqueo en un puro delito de sospecha, o en una puerta

⁵⁵ En esta línea, vid. ZÖLLER, 2011, pp. 1043, 1046: el cooperador debe llevar a cabo contribuciones específicas (ilícitas) generadoras de bienes.

⁵⁶ Aunque a propósito del delito de financiación del terrorismo, próximos vid. GONZÁLEZ CUSSAC; VIDALES RODRÍGUEZ, 2009, pp. 196 y s.

⁵⁷ En profundidad, cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, 2000, pp. 210 y ss., con ulteriores referencias.

falsa para la introducción en el ordenamiento penal de una suerte de delito de enriquecimiento injustificado encubierto.⁵⁸

¿Vale la conclusión acabada de presentar también para el caso en el que la conducta constitutiva del delito de organización criminal consiste en una forma de cooperación económica? Este es, sin duda, el caso más complejo. Retomando el tercero de los ejemplos arriba presentados: ¿pueden ser objeto del delito de blanqueo los fondos que un sujeto (externo o interno) pone a disposición de la organización para sus fines? Con otras palabras, ¿tienen aquí los bienes ocultados su origen en una actividad delictiva, a saber, en un delito de organización criminal cometido a través de un acto de cooperación económica? En nuestra opinión, la respuesta a esta pregunta pasa por concretar la naturaleza de la aportación económica del cooperador. Si, como aquí se entiende, tal aportación no es considerada el producto del delito, sino más bien el instrumento mediante el que se comete el delito de organización criminal, tampoco los bienes aportados son objeto susceptible de blanqueo.⁵⁹ Bien mirado, los bienes que posteriormente se pretende ocultar no tienen su origen en una actividad delictiva, esto es, ni son el producto del delito de organización criminal, ni constituyen las ganancias obtenidas por la comisión de tal delito, sino que simplemente han sido objeto de un cambio de dominio fáctico.⁶⁰ Aquellos bienes, sin embargo, no le deben su existencia como tal al delito de organización criminal, por lo que no tienen su origen en dicha actividad delictiva en el sentido demandado por el art. 301 CP. No se nos escapa que la distinción entre aquello que es el producto del delito y lo que es el instrumento es compleja. Mientras que un delito de cohecho pasivo la dádiva recibida sí se presenta esencialmente como el producto del delito, y no ya como el instrumento; entendemos que en el delito de organización criminal lo aportado sigue teniendo una naturaleza instrumental una vez pasa a manos de la organización. Sigue siendo el medio para conseguir crear una estructura idónea para la comisión de ulteriores delitos graves.

Esta conclusión interpretativa, basada en un argumento esencialmente gramatical, encuentra a su vez apoyo en tres argumentos adicionales más. El primero es de naturaleza sistemática. Como es sabido, es frecuente recurrir a la regulación el comiso para interpretar la noción de bien ilícito en el ámbito del blanqueo de capitales. Ello es comprensible, pues se trata de dos instituciones claramente relacionadas. No solo porque los bienes blanqueados deben ser objeto de tal consecuencia accesoria (como dispone el art. 301.5 CP), sino también porque una parte importante de la doctrina

⁵⁸ A propósito del problema de la doble incriminación, advierte ya de este riesgo NIETO MARTÍN (2022), pp. 1286 y s.

⁵⁹ Así también VIDALES RODRÍGUEZ, 2015, pp. 115 y s.: “la simple tenencia de bienes lícitamente obtenidos destinados a financiar una asociación delictiva no debiera ser constitutiva de un delito de blanqueo, con independencia de quien provea los fondos se integre o no en el complejo asociativo”.

⁶⁰ En un sentido parecido, a propósito del soborno que habrá de cobrar el funcionario público, vid. EL-GHAZI, 2020, nm. 64: el bien prometido no es un bien que pueda ser blanqueado por quien ofrece la dádiva, aunque sí por parte del funcionario público una vez la recibe.

sostiene que una de las funciones básicas del blanqueo es, precisamente, garantizar el decomiso de las ganancias producidas por el delito. A tal efecto, el vigente art. 127 bis CP establece que “El juez o tribunal ordenará también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los siguientes delitos cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito” y entre tales delitos se incluye, además de muchos otros, “los delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal” (apartado r). Pues bien, en el momento de determinar cuáles son los delitos susceptibles de producir ganancias, el legislador no se refiere directamente al delito de organización criminal o a la conducta de creación o pertenencia de una de tales organizaciones, sino a los “delitos cometidos en el seno” de tales asociaciones humanas. Cabe por ende afirmar que el propio legislador español advierte que los beneficios procedentes del delito decomisables no pueden derivar de la organización como tal, sino solo de las actividades delictivas llevadas a cabo por sus miembros.

El segundo de los argumentos adicionales referidos es de carácter teleológico. Como ha señalado GARCÍA CAVERO, cuando subsisten dudas sobre el alcance del origen ha de recurrirse al fin de protección de la norma del delito de blanqueo de capitales.⁶¹ Pues bien, si resulta que este delito pretende sancionar el blanqueo de los beneficios o del producto de un delito, parece evidente que lo aportado en concepto de cooperación con la organización criminal no debe ser considerado objeto de tal delito. A esta misma conclusión habrá de llegar quien entienda que el delito de blanqueo trata de proteger condiciones esenciales del mercado:⁶² la ocultación de los fondos aportados, en la medida en que aquellos tengan un origen lícito, no distorsiona sustancialmente el funcionamiento del mercado de bienes.

Y en tercer y último lugar, entendemos que el castigo por blanqueo de capitales de unos fondos de origen lícito que han sido aportados a una organización criminal resultaría desproporcionado. Puede admitirse que, dada la importancia de los bienes jurídicos en juego, ambas normas de flaqueo, la de la organización criminal y la del blanqueo, puedan legitimarse por separado. El delito de organización criminal trata en última instancia de impedir la comisión de hechos futuros. El delito de blanqueo, pese a su autonomía, no hace sino desincentivar la comisión del delito antecedente, asegurando que aquel no sea rentable a su autor (*crime doesn't pay*).⁶³ Ahora bien, es altamente cuestionable que sea legítima la imposición de una severa pena de prisión por blanqueo tomando como referencia un bien pretendidamente ilícito por el

⁶¹ GARCÍA CAVERO, 2015, pp. 101 y s.

⁶² GARCÍA CAVERO, 2015, p. 103.

⁶³ Se podrá replicar que al tipificar tales hechos como blanqueo de capitales se desincentiva la creación o participación en organizaciones criminales. Esta objeción, sin embargo, evidencia el problema de desproporción al que se alude en el texto, pues un mismo hecho se castiga como delito de organización criminal y como blanqueo de capitales. Si se trata de desincentivar la creación de organizaciones, es evidente que el delito de organización criminal ya cubre tal necesidad político-criminal.

simple hecho de estar en manos de una organización criminal. El juego conjunto de ambas normas de flaqueo nos lleva a un hiperadelantamiento de las barreras de protección inaceptable: se castiga el blanqueo como forma de evitar o desincentivar un delito, el de organización criminal, que a su vez tiene tan solo la función de evitar la potencial comisión de hechos delictivos por parte de los integrantes de la organización. Es decir, sin haber probado ningún delito directamente lesivo de los bienes jurídicos centrales protegidos por el ordenamiento jurídico, se impondría al acusado una elevada pena de prisión.

Pretender, pese a todo lo anterior, afirmar la tipicidad del delito de blanqueo de capitales con base en la mera constatación de un delito de organización criminal supone, bien mirado, convertir el delito de blanqueo un delito de sospecha, en cierto modo, reinterpretarlo como un delito de enriquecimiento ilícito. Por la mera pertenencia a una organización criminal, todos los bienes de las personas físicas y jurídicas vinculadas con la organización pasarían automáticamente a ser bienes ilícitos en el sentido requerido por el art. 301 CP. Esto no solo supone apartarse del tenor del tipo y, por ende, desconocer la voluntad del legislador en quebranto del principio de legalidad penal,⁶⁴ sino que supone asimismo una fuerte erosión del principio de presunción de inocencia. Todo ello, además, conduciría a un castigo a todas luces desproporcionado y de muy difícil legitimación constitucional (prohibición de exceso).

V. Conclusión

1. El delito de blanqueo de capitales requiere que los bienes objeto del delito tengan su origen en una actividad delictiva previa. Ante la imposibilidad de probar en el contexto de organizaciones criminales el hecho delictivo previo, surge la duda de si todo bien dominado por la organización criminal es ya susceptible de ser blanqueado.

2. En este trabajo se ha defendido que el delito de organización criminal no es per se idóneo para generar bienes que tienen su origen en una actividad delictiva previa.

3. Ello es evidente ante las conductas típicas de “primer nivel”. El promover, constituir, organizar, coordinar o dirigir una organización no es suficiente para afirmar que todos los bienes de los que dispone la organización tienen causa de un delito en el sentido requerido por el art. 301 CP. A tal efecto es decisivo probar los específicos hechos generadores de los bienes penalmente relevantes.

4. Y la misma conclusión vale ante las conductas de “segundo nivel”. Ni siquiera la cooperación económica como forma típica ex art. 570 CP da pie de forma auto-

⁶⁴ Sobre la necesidad de una interpretación restrictiva del nexo entre el bien y el delito antecedente a fin de salvar la constitucionalidad de la vaga cláusula legal (alemana), vid. JAHN, 2020, nm. 4 y ss.

mática a bienes susceptibles de blanqueo. Los fondos aportados no le deben su existencia al delito de organización, por lo que no tienen su origen en dicha actividad delictiva en el sentido demandado por el art. 301 CP.

5. La anterior conclusión, basada en una interpretación literal del art. 301 CP, está asimismo respaldada por tres argumentos adicionales: uno de carácter sistemático referido a la regulación del comiso, uno de carácter teleológico vinculado al fin de la norma del blanqueo y, por fin, uno basado en el principio de proporcionalidad y la prohibición de exceso.

Bibliografía citada

- Altenhain, K. (2017), “§ 261 StGB”, en Kindhäuser; Neumann; Paeffgen (eds.): *Nomos Kommentar-StGB*, vol. 2, 5.ª edición, Baden-Baden, nm. 1-158.
- Aránguez Sánchez, C. (2000), *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid.
- Barton, S. (1993), “Das Tatobjekt der Geldwäsche: Wann rührt ein Gegenstand aus einer der im Katalog des § 261 I Nr. 1-3 StGB bezeichneten Straftaten her?“, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 4, pp. 159-165.
- Blanco Cordero, I. (2015), *El delito de blanqueo de capitales*, 4.ª edición, Cizur Menor.
- Bermejo, M. G. (2015), *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Un análisis jurídico-económico*, Madrid.
- Berndt, m.; Müller, M.; Hümmrich-Welt, S. (2020), “§ 21 Geldwäsche”, en Volk; Beukelmann (eds.): *Münchener Anwaltshandbuch Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen*, 3.ª edición, Múnich, nm. 1-293.
- Bischofberger, N. (2010), *Zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals "Herrühren" im Rahmen des Straftatbestandes § 261 StGB*, Marburg.
- Bocanegra Márquez, J. (2020), *Los delitos de organización y grupo criminal*, Barcelona.
- Bürger, S. (2023), “Organisationsdelikte: Zur Legitimierung der Straftatbestände der §§ 129, 129a StGB”, *ZStW*, 135, pp. 59-83.
- Calderón Tello, L. F. (2016), *El delito de blanqueo de capitales: problemas en torno a la imprudencia y la receptación*, Cizur Menor.
- Cancio Meliá, M. (2008), “El injusto de los de delitos de organización: peligro y significado” en Cancio Meliá; Silva Sánchez: *Delitos de organización*, Montevideo, pp. 15-84.
- Carlos de Oliveira, A. C. (2020), “Blanqueo de capitales”, en Silva Sánchez (dir.); Robles Planas (coord.): *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General y Especial*, Barcelona, pp. 639-674.
- Choclán Montalvo (2000), *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*, Madrid.
- Del Carpio Delgado, J. (1997), *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal*, Valencia.
- Del Carpio Delgado, J. (2015), “La normativa internacional del blanqueo de capitales: análisis de su implementación en las legislaciones nacionales”, *EPyC*, 35, pp. 657-731.
- Del Carpio Delgado, J. (2016), “Sobre la necesaria interpretación y aplicación restrictiva del delito de blanqueo de capitales”, *InDret*, 4, pp. 1-45.
- Della Ragione, L.; Enna, R. (2018), “Riciclaggio dei proventi delle associazioni mafiose”, en Maiello; Della Ragione (eds.): *Riciclaggio e reati nella gestione dei flussi di denaro sporco*, Milán, pp. 415-478.
- El-Ghazi, M. (2020), “§ 261 StGB” en Herzog (ed.): *Geldwäschegesetz*, 4.ª edición, Múnich, nm. 1-160.

- Fabián Caparrós, E. (1998), *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid.
- García Cavero, P. (2015), *El delito de lavado de activos*, Montevideo.
- Gómez Iniesta, D. J. (1996), *El delito de blanqueo de capitales en Derecho Español*, Barcelona.
- González Cussac, J. L.; Vidales Rodríguez, C. (1999), “El nuevo delito de financiación del terrorismo: consideraciones acerca de su necesidad y conveniencia”, en González Cussac (dir.), *Financiación del terrorismo, blanqueo y secreto bancario: un análisis crítico*, Valencia.
- Jahn, M. (2020), “§ 39 Geldwäsche”, en Hilgendorf; Kudlich; Valerius (eds.): *Handbuch des Strafrechts*, vol. 5, Heidelberg, pp. 663-726.
- Krause, J. (2022), “§ 261”, en Cirener et al. (eds.): *Leipziger Kommentar-StGB*, vol. 13, Berlín, nm. 1-51.
- Lascurain Sánchez, J. A. (2018), “Tema 13. Blanqueo de capitales”, en De la Mata Barranco et al.: *Derecho penal económico y de la empresa*, Madrid, pp. 493-527.
- Leip, C. (1999), *Der Straftatbestand der Geldwäsche*, 2.^a edición, Berlín.
- Llobet Anglís, M. (2012), “Capítulo 25. Tenencia, tráfico y depósito de armas o municiones, organizaciones y grupos criminales y delitos de terrorismo”, en Silva Sánchez (dir.): *El nuevo Código Penal: comentarios a la reforma*, Madrid, pp. 671-724.
- Martínez-Buján Pérez, C. (2019), *Derecho penal económico y de la empresa, Parte Especial*, 6.^a edición, Valencia.
- Nieto Martín, A. (2022), “Blanqueo de capitales: Extraterritorialidad y doble incriminación”, en Gómez Martín et al. (eds.): *Un modelo integral de Derecho penal Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, Madrid, pp. 1273-1287.
- Palma Herrera, J.M. (2000), *Los delitos de blanqueo de capitales*, Madrid.
- Pastor Muñoz, N. (2005), *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática*, Barcelona.
- Rentsch, M. (2020), *Die Tatobjektseigenschaft von Surrogaten sowie Vermögenswerten teilweiser deliktischer Herkunft nach Art. 305bis StGB (Geldwäscherei)*, Berna.
- Ruano Mochales, T. (2018), *Blanqueo de Capitales. Responsabilidad Penal y Compliance*, Ediciones Lefebvre.
- Silva Sánchez, J.M. (2003), “¿"Pertinencia" o "Intervención"? del delito de "pertinencia a una organización criminal" a la figura de la "participación a través de organización" en el delito”, en Octavio de Toledo y Ubieto et al. (eds.): *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia, pp. 1069-1096.
- Silva Sánchez, J.M. (2011), “Expansión del Derecho penal y blanqueo de capitales”, en Abel Souto; Sánchez Stewart (coords.): *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Valencia, pp. 213-214.
- Vest, H. (2001), “Probleme des Herkunftsprinzips bei der Geldwäscherei”, en Ackermann; Donatsch; Rehberg (eds.): *Wirtschaft und Strafrecht. Festschrift für Niklaus Schmid*, Zürich, pp. 417-436.
- Vidales Rodríguez, C. (2015), “El fenómeno asociativo como actividad delictiva previa al delito de blanqueo de capitales”, *Estudios penales y criminológicos*, 35, pp. 87-123.
- Zöllner, M. A. (2011), “Beteiligung an kriminellen und terroristischen Vereinigungen als Vortat der Geldwäsche”, en Heinrich et al. (eds.): *Strafrecht als Scientia Universalis: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, vol. 2, Berlín, pp. 1033-1052.
- Zurita Gutiérrez, A. (2020), *El delito de organización criminal. Fundamentos y contenido de injusto*, Barcelona.