

Participación (sancionable?) de agentes financieros en el delito del blanqueo de dinero

André Luís Callegari – Abogado Criminal – Doctor en Derecho Penal por la Universidad Autónoma de Madrid – Profesor de Derecho Penal de los Cursos de grado y posgrado de la “Universidade Luterana do Brasil” y en la “Escola Superior da Magistratura do RS”.

1. Introducción.

La doctrina todavía no ha enfrentado un problema que seguramente preocupará a los operadores del derecho en lo que tange a la ley de blanqueo de dinero y la participación criminal. La cuestión se refiere a intervención de terceros, por ejemplo empleados de banca o del sistema financiero, que, sabiendo del origen ilícito del dinero lo transfieren a otro local o lo insertan en el mercado financiero. Pero, actitud ésta desproveída de cualquier elemento subjetivo de blanqueo o ocultación propiamente dicha, es decir, el empleado realiza dicha conducta (transferencia de fondos, por ejemplo) porque éste es su trabajo. No le está atribuido el deber de averiguar la procedencia lícita o ilícita de los fondos y así, por lo menos en la Ley n. 9.613/98, no le sería atribuida cualquier responsabilidad criminal (aquí no se habla de la responsabilidad administrativa que representa tal conducta).

Es cierto que la legislación de prevención contra el delito de blanqueo de dinero ha traído inserto un tipo previendo la participación criminal (art. 1º., § 2º., II, de la Ley n. 9.613/98). Pero ¿es suficiente para penalizar a los agentes financieros (empleados de banca) que transfieren fondos de origen ilícito? El inciso de la ley prevé la punibilidad de aquel que participa de grupo, asociaciones u oficinas teniendo conocimiento de que su actividad principal o secundaria está dirigida a la práctica de los crímenes previstos en la Ley de blanqueo. En una primera interpretación ya estarían excluidas las conductas de los agentes financieros si se demostrase que estos no participan del grupo, de la asociación o de la oficina destinada al blanqueo, sin embargo saben de donde proviene las cantidades insertadas en el mercado financiero. Es que la interpretación literal del tipo no permite que se vaya más allá de esto, es decir, apenas estarían abarcadas las conductas de aquellos que se encuadrasen en una de las modalidades previstas, o sea, participación específica y dolosa (la ley exige el conocimiento) en un grupo, en la asociación o en la oficina. Fuera de esos casos, aunque exista la ciencia de donde provienen los valores, no se podría abarcar la conducta del agente financiero como conducta típica descrita en la ley.

Pero hay otros argumentos que deben ser estudiados respecto al tema. Además de la literalidad del tipo penal en cuestión, o sea, la exigencia de participación consciente en un determinado contexto (grupo, asociación u oficina), se puede argumentar que

la participación criminal exige el elemento subjetivo específico, dicho sea de paso, requisito del concurso de personas¹. De esa forma, sólo se habla en participación dolosa, lo que significa que la participación es la intervención dolosa en un hecho principal doloso típico y antijurídico (acesoriedad limitada). Por lo tanto, aquí ya está excluida cualquier hipótesis de participación culposa del agente financiero (descuido o negligencia en el momento de la identificación de los fondos transferidos). Lo que podría ocurrir en esa hipótesis sería la denominada autoría mediata, donde el agente financiero sería un simple instrumento del autor doloso (“hombre de atrás”), que lo induce al error y lo lleva a transferir fondos ilícitos. De acuerdo con esto, está descartada la participación culposa en el delito de blanqueo de dinero, aunque algunas legislaciones hayan previsto esta hipótesis (Código Penal Español).

Habiendo dicho todo esto, ¿cuál es el fundamento de la no punibilidad criminal del agente financiero que, mismo sabiendo, pero no queriendo adherir a la acción criminosa, transfiere fondos de origen ilícito?

Este es el punto central de este pequeño estudio, en el se buscan algunos fundamentos jurídicos para demostrar que el conocimiento no significa participación delictiva y, así, impide la punibilidad del agente que transfiere fondos con conocimiento de la procedencia delictiva, pero, sin adhesión subjetiva al delito de blanqueo.

2. Ausencia de elemento subjetivo entre el blanqueador y el agente financiero

La posición clásica para que se sustente la no punibilidad del agente financiero es la falta de elemento subjetivo existente entre éste y el blanqueador, o sea, que el agente no quiera participar del delito que está siendo practicado, aunque desconfe del origen delictivo de los fondos ilícitos. Aquí se verifica la ya pacificada cuestión de que no existe participación cuando el agente conoce el delito y hasta mismo lo presencia, pero no se adhiere a el. En este caso, inexistiendo el vínculo subjetivo, no se debe hablar en participación criminal. Excepción a la regla es la hipótesis en que el agente es garantizador del bien jurídico, o sea, se le atribuye la imputación jurídica de otra forma; no por su actuación propiamente dicha, pero, por su omisión cuando estaba obligado a obrar. Ejemplo: el policía que presencia inerte un asalto y nada hace . No es partícipe, por lo menos en nuestra posición, pero autor porque es garantizador del bien jurídico y, por eso, debería actuar para evitar el resultado.

La cuestión aquí es saber si el funcionario del banco o agente financiero es garantizador del bien jurídico tutelado por la ley de blanqueo. Si la respuesta es afirmativa, evidentemente que será autor del delito de blanqueo de dinero, pues, entre sus funciones, le incumbía evitar transferencias de fondos que poseyesen origen delictivo. La ley no abarca esta hipótesis, salvo la responsabilidad administrativa. Además, para nosotros, la responsabilidad se da a través de ámbitos de competencia y, en este caso, no compete al

¹ Sobre el tema, véase CALLEGARI, André Luís. **Imputação Objetiva, lavagem de dinero e outros temas do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 105.

agente financiero la averiguación previa, por lo menos en la esfera criminal, del origen lícito de los bienes.

Así, nos parece que los funcionarios no tienen dicha función (garantizadores) y, por lo tanto, no se les puede atribuir el delito de blanqueo de dinero caso realicen la transferencia de fondos mismo de origen sospechoso. Esa interpretación se origina del enunciado en el art. 1º. y párrafo primero de la Ley de Blanqueo. Es que las conductas allí descritas requieren la ocultación o disimulación de los bienes, derechos o valores provenientes de los crímenes antecedentes referidos en la Ley n. 9.613/98. Sin embargo, los funcionarios no obran con este fin, o sea, de disimulación u ocultación de valores para, posteriormente, darles apariencia de licitud. Aquí, necesario que entre en juego el concepto de blanqueo y el dolo del agente². Ya hemos sustentado que sólo existe la posibilidad del delito de blanqueo si el autor disimula la naturaleza, origen, ubicación, disposición de los bienes, cuando sepa que estos provienen de los crímenes antecedentes previstos en la Ley. El dolo debe estar dirigido a esta conducta, o sea, el autor actúa porque conoce el origen criminoso de los bienes y porque quiere darles apariencia de licitud³. Por lo tanto, en un primer momento esta hipótesis no se aplica al agente financiero, pues, a toda evidencia, no parece que sea esta su intención. Dicho de otra manera, su operación financiera no es movida con este fin, o sea, de dar apariencia de licitud a valores obtenidos de forma ilícita. Así, su ámbito de competencia es realizar su trabajo y es eso lo que hace, ni más, ni menos. No le compete lo restante.

3. Limitación de la responsabilidad a través de la adecuación social

A través de la adecuación social de la conducta también es posible que se limite la participación criminal. Es que en la función de los tipos de presentar el “modelo” de la conducta prohibida se pone de manifiesto que las formas de conducta seleccionadas por ellos tienen por una parte, un carácter social, es decir, están referidos a la vida social, pero, por otra parte, son precisamente inadecuadas a una vida social ordenada. En los tipos se hace patente la naturaleza social y al mismo tiempo histórica del Derecho Penal: señalan las formas de conducta que se alejan gravemente de los órdenes históricos de la vida social⁴.

Para Welzel eso repercute en la comprensión e interpretación de los tipos, que por influencia de la doctrina de la acción causal eran demasiado restringidas, mientras se veía la esencia del tipo en lesiones causales de los bienes jurídicos⁵.

² CALLEGARI, André Luís. **Direito Penal Econômico e lavagem de dinheiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 71 e ss.

³ CALLEGARI, A L., op. Cit., p. 165; en el mismo sentido, TIGRE MAIA, Rodolfo. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 86.

⁴ WELZEL, Hans. **Derecho Penal Alemán**. Traducción de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 66.

⁵ *Ibíd.*, p. 66.

Además, son socialmente adecuados los negocios que se mantienen dentro de los límites de una gestión ordenada, mismo que después resulten desventajosos; no quedan comprendidas, así, algunas conductas que podrían insertarse en determinados tipos penales⁶.

Las conductas socialmente adecuadas no son necesariamente las ejemplares, sino conductas que se mantienen dentro de los marcos de la libertad de acción social. Este marco no es siempre fácil de determinarlo ni de expresarlo⁷.

La adecuación social constituye en cierto modo la dirección de los tipos penales: es el estado “normal” de libertad social de acción, que les sirve de base y es supuesto (tácitamente) por ellos. Por eso, quedan también excluidas de los tipos penales las acciones socialmente adecuadas, aun en todos aquellos casos que pudieron ser subsumidos en ellos, por ejemplo, según criterios causales⁸.

De acuerdo con la adecuación social, la conducta de aquel que se mantiene dentro de lo socialmente permitido, por ejemplo, cumple su respectiva función dentro de un marco de organización, no ocupa ningún tipo penal. Esta idea podría ser transportada para la intervención del agente financiero que se mantiene dentro de su perspectiva de trabajo, o sea, se limita a ejercer su función y, así, no cometería ningún tipo de delito inserto en la Ley de Blanqueo de dinero.

El problema aquí es que el concepto de adecuación social es demasiado indeterminado y tendríamos que verificar siempre lo que es socialmente adecuado, a pesar de la concreta posibilidad de la consecuencia dañosa⁹.

De acuerdo con Jakobs, es posible que se constate con bastante rapidez que la solución no se encuentra en la adecuación social de los comportamientos. Es imposible determinar cuales son las “modalidades de comportamiento” que rompen gravemente el marco de los órdenes históricamente generados de la vida social sin fijar la medida en la que se debe tener en cuenta el respectivo contexto al interpretar el comportamiento¹⁰. Si el comportamiento se contempla de forma aislada, en la mayoría de los casos deberá ser considerado socialmente adecuado, por la simple razón de que en el ámbito de los delitos de resultado, el comportamiento, cuando privado de su referencia al resultado, carece de toda vinculación a algo delictivo, es decir, no resulta posible constatar que esté prohibido, y también es completamente insípido con relación al criterio de los “órdenes históricamente generados”¹¹. Si, al revés, se amplía el contexto que se tiene en cuenta por lo menos para las circunstancias cuya presencia cabe deducir la producción del resultado (y sólo entonces posee interés jurico penal el concepto de adecuación social), en los casos que no están

⁶ En ese sentido, WELZEL, ob. cit., p. 67.

⁷ *Ibidem*, p. 67.

⁸ *Ibidem*, p. 68.

⁹ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal. Parte General**. Traducción de Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 842

¹⁰ JAKOBS, Günther. **Fundamentos del Derecho Penal**. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996, p. 129.

¹¹ *Ibidem*, p. 129.

estereotipados (y por lo tanto no pueden ser resueltos a través del riesgo permitido) falta toda concreción mínimamente clara de dicho orden, de modo que en este contexto, el contexto de adecuación social no aporta nada en la averiguación de los principios de la imputación, pero tampoco impide llegar a una determinada conclusión¹².

4. Limitación de responsabilidad criminal a través de la prohibición de regreso

A través de la teoría de la imputación objetiva, desarrollada, entre otros, por *Jakobs*, buscamos algunas soluciones para los problemas de participación criminal, es decir, para la limitación de la intervención delictiva. Los contenidos normativos de la teoría de la imputación objetiva desarrollados por *Jakobs* se encuentran vinculados a la idea de que el sistema de la teoría del delito debe tomar como punto de referencia la esfera de la administración autónoma que corresponde al ciudadano, a la persona¹³. En este sentido, la teoría de la imputación objetiva es para *Jakobs* un primer gran mecanismo de determinación de ámbitos de responsabilidad dentro de la teoría del delito: "...es necesario fijar de modo objetivo que significa un comportamiento, se significa una infracción de la norma o algo inocuo¹⁴. Por lo tanto, hay que desarrollarse un patrón conforme al que pueda demostrarse el significado vinculante de cualquier comportamiento. Y si se quiere que ese patrón establezca orden, este no puede asumir el caos de la masa de peculiaridades subjetivas, y sí que se oriente sobre la base de modelos, funciones y de estructuras objetivas. Dicho de otro modo, los autores y los demás intervinientes no son tomados como individuos con intenciones y preferencias altamente diversas, pero como aquello que deben ser desde el punto de vista del Derecho: como personas. Es entre estas que se determina a quien le compete un curso lesivo: a un autor, a un tercero, o la víctima"¹⁵.

Dentro de la doctrina de la imputación objetiva de *Jakobs*, una de las instituciones más originales es la prohibición de regreso, donde se empieza a discutir la necesidad de limitar el ámbito del comportamiento punible, tanto para los comportamientos culposos como dolosos, con base en criterios objetivo-normativos, necesidad resumida en una frase ya muy conocida de *Jakobs*: "ni todo es asunto de todos"¹⁶.

Para *Jakobs*, la prohibición de regreso se refiere a los casos en que un comportamiento que favorece la práctica de un delito por parte de otro sujeto no pertenece, en su significado objetivo, a ese delito, es decir, que puede ser "distanciado" de él. Opera cuando el sujeto que realiza la actividad que facilita el comportamiento delictivo no tiene que aceptar como algo corriente el delito cometido. De esa óptica, la prohibición de regreso

¹² *Ibidem*, p. 130.

¹³ PEÑARANDA RAMOS, Enrique, SUÁREZ GONZALES, Carlos, CANCIO MELIÁ, Manuel. **Um Novo Sistema do Direito Penal. Considerações sobre a teoria de Günther Jakobs**. Traducción André Luís Callegari y Nereu José Giacomolli. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 82.

¹⁴ Véase, REYES ALVARADO, Yesid. **Imputación objetiva**. Bogotá: Temis, 1996, p. 50 e ss.

¹⁵ PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GÓNZALES/CANCIO MELIÁ, **Um novo sistema do Direito Penal**, p. 83

¹⁶ *Ibidem*, p. 89.

configura el ámbito de intervención no delictiva en el acontecimiento y determina el campo de la “no participación (punible)”¹⁷.

Es que existe un ámbito de actuación conjunta dolosa o culposa con el comportamiento de otras personas, que realiza objetivamente el tipo, sin responsabilidad por esta “intervención” en sentido amplio. Este ámbito se caracteriza por el hecho de que el “interveniente” realiza una aportación que en sí es inocua y cotidiana y que sólo mediante a la puesta en práctica de planos de otras personas se convierte en un curso causal dañoso¹⁸. Así, se trata de diferenciar entre intervenciones *propias* y creación de una situación en la que *otros* realizan un tipo¹⁹.

Frente a la teoría de *Jakobs* y, dentro de la cual trabajaremos, necesario que quede esclarecido que la responsabilidad penal siempre tiene como fundamento la violación de un papel (rol), o sea, la imputación objetiva del comportamiento es regida por el papel que se le atribuye a cada ciudadano. Así, no son decisivas las *capacidades de quien actúa*, pero las *capacidades del portador de un papel*, refiriéndose a denominación *papel* a un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables; se trata, por lo tanto, de una institución que se orienta con base a las personas²⁰. Las expectativas dirigidas al portador de un papel configuran el esquema de interpretación cuyo concurso es imprescindible para que las acciones individuales puedan adquirir un significado socialmente vinculante²¹.

En ese sentido, la teoría de la imputación objetiva del comportamiento aporta el material con cuya ayuda se puede interpretar el resultado puesto en marcha por una persona como un acontecer socialmente relevante o irrelevante, como un acontecer socialmente extraño o adaptado, como que, socialmente, se consideró mérito o, especialmente, como que se destaca de modo negativo el resultado²².

Sin embargo, como se trata de analizar la participación delictiva, no abordaremos todos los pilares de sustentación de la teoría de la imputación objetiva construida por *Jakobs*. En realidad, lo que nos interesa es su construcción sobre la delimitación de la participación criminal, más conocida como *prohibición de regreso*. La participación consiste, en términos simplificados, en la intervención dolosa en un hecho ajeno doloso típico y antijurídico, o, también, en una división de tareas²³ para que se logre éxito en la acción criminosa. Ocurre una división de trabajo: el trabajo para obtener *una*

¹⁷ *Ibidem*, p. 91.

¹⁸ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal. Parte General**. Traducción de Joaquin Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 842. Para reforzar la cuestión, *Jakobs* hace la siguiente indagación: Alguien paga, como estaba obligado, su deuda a un acreedor, sabiendo que el acreedor, con este dinero, va en busca de la comisión de un delito. ¿ Existe complicidad del deudor?

¹⁹ *Ibidem*, p. 842.

²⁰ JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no Direito Penal**. Traducción de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 20.

²¹ *Ibidem*, p. 20.

²² *Ibidem*, p. 22.

²³ CALLEGARI, A L., **Lavagem de dinheiro**, p. 91 e ss.

*obra única se divide entre las varias personas que contribuyeron cada una con su parte*²⁴. Pero ¿qué delimita esa “participación” delictiva? ¿La simple contribución causal hace al sujeto partícipe, mismo que tenga conocimiento? Las respuestas negativas siguen con los argumentos de la teoría ahora estudiada.

El punto fundamental de la responsabilidad delictiva está centrado en el sentido del comportamiento y, aquí, entra la cuestión si el empleado del sistema financiero debe responder por el blanqueo o no, aunque sospeche de la procedencia ilícita de los fondos que serán manipulados por él. En ese aspecto, se funda la cuestión sobre cuándo una organización se encuentra establecida de tal modo que su configuración tenga sentido para alcanzar consecuencias delictivas²⁵. Por lo tanto, ¿cuándo se participa de un contexto de acción? Y la respuesta aquí no es siempre que la organización da causa a la ejecución de un delito o, por lo menos, lo causa dolosamente o culposamente. De ese modo, la concurrencia de un comportamiento evitable no es suficiente para atribuir a una organización un sentido delictivo, así como en el ámbito de la omisión, la capacidad de evitar el resultado no es suficiente para definir como garante a quien tiene esa capacidad. Ocurre que la evitabilidad, por sí sola, es puramente cognitiva, alguien puede evitar algo si así lo desea; la evitabilidad carece *per se* de sentido social: pero ¿por qué habría que evitar? Tratándose de la colaboración causal de varias personas, la respuesta sólo puede ser esta: existe la obligación de evitar cuando hace parte del papel de quien actúa en primer lugar velar por el comportamiento de quien actúa a continuación²⁶. *Jakobs* divide la punibilidad de la participación en cuatro hipótesis distintas, pero, mencionaremos solamente la que interesa a nuestro estudio, es decir, intervención delictiva del agente financiero del delito de blanqueo.

Los casos aquí mencionados por *Jakobs* son aquellos en que entre otra persona y el autor existe algo en común, pero lo que hay de común se limita a una prestación que se puede obtener en cualquier parte, y que no implica ningún riesgo personal, no obstante el autor haga uso precisamente de esa prestación para cometer un delito. En esos casos, es cierto que la otra persona ya no puede alegar que simplemente nada tenga en común con el autor – pues referida persona consintió en transferir la prestación al autor -, sin embargo, lo que de común hay en el caso carece de todo y cualquier significado delictivo; de ahí el sujeto haber violado su papel es irrelevante²⁷.

Aquí se encuentra el ámbito relevante de nuestro estudio y de la aplicación de la prohibición de regreso, es decir, de la prohibición de recurrir, en el marco de la imputación, a personas que física y psíquicamente podían haber evitado el curso lesivo – bastando haber tenido ganas de hacerlo -, a pesar de la no evitación, no violaren su papel de ciudadanos que se comportan legalmente. Segundo *Jakobs*, en una sociedad organizada en régimen de división de tareas, con un intercambio de informaciones y de bienes extremadamente complejos, debe diferenciarse de manera rigurosa lo que es el sentido objetivo de un *contacto social* y lo que los intervinientes pretenden con ese *contacto* bajo

²⁴ JAKOBS, G., *A imputação objetiva no Direito Penal*, p. 57.

²⁵ JAKOBS, G., *ídem*, p. 61.

²⁶ *Ibidem*, p. 61.

²⁷ *Ibidem*, p. 62.

el punto de vista subjetivo. Como carácter general, únicamente se debe tener en cuenta el sentido objetivo; este es el sentido socialmente válido del *contacto*. Al no objetivarse, por lo menos no en ese contexto, el sentido que subjetivamente se persigue en nada implica a otra persona²⁸.

En este grupo están englobados los negocios usuales de la vida cotidiana, unilaterales o bilaterales, independientemente de que se transfieran prestaciones consistentes en la entrega de bienes, en la realización de servicios y, especialmente, de informaciones. Así, por ejemplo, si un empleado de un banco y, siguiendo las instrucciones recibidas para la transferencia de dinero y, a pesar de sospechar de la procedencia ilícita de los valores acaba por transferirlos, no comete un delito de blanqueo si no hace parte de su papel controlar el origen ilícito del dinero que recibe; en un caso como este, su comportamiento – independientemente de que sepa más allá de su incumbencia – sólo tiene por significado el de realizar una tarea limitada dentro de la empresa²⁹. No hace parte del papel del empleado dicho control, pues no existe violación del papel cuando el autor une su actuación de modo arbitrario a la de otro o cuando la comunión existente entre otro y el autor sólo abarca una transferencia de prestaciones social e invariablemente consideradas como adecuadas³⁰. Por eso, si la conducta tiene un sentido social propio, no estaremos ante una conducta desvalorada por el Derecho Penal³¹.

Así, en los casos de participación la impunidad es más evidente cuando quien favorece el delito cumple con sus obligaciones o con las normas que regulan una determinada actividad³². Eso puede ayudar en caso concreto, o sea, en la verificación de la conducta del agente financiero, más precisamente, en la verificación de la conducta típica, pues, si las normas no regulan el ámbito social donde se desarrollan la actividad favorecedora, la conducta es impune. Por lo tanto, un comportamiento que de modo estereotipado es inocuo no constituye participación en una organización no permitida, incluso en aquellos casos en que quien realiza dicha conducta conoce las intenciones del sujeto con quien interacciona³³.

5. Negocios *standard* (del agente financiero) y limitaciones de la responsabilidad

Aunque no se tenga una solución concreta para todos los casos, es cierto que ni siempre la realización de determinados negocios, o, de determinadas conductas que, en

²⁸ *Ibíd.*, pp. 62/63.

²⁹ En sentido similar, Jakobs, *ob. cit.*, p. 60.

³⁰ *Ibíd.*, pp. 71 e 72.

³¹ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **Límites de la participación criminal**. Granada, España: Comares Editorial, 1999, p. 59.

³² *Ibíd.*, p. 79.

³³ JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no Direito Penal**, p. 67.

principio ocupan el tipo objetivo de blanqueo de dinero, pueden ser vistas como conductas delictivas.

Es que existen casos que la solución no parece tan evidente cuando la aportación de un sujeto a la actividad de blanqueo consiste en la simple prestación de los servicios propios de su profesión, es decir, en la realización de aquellas actividades que, en principio, son ofrecidas a cualquier cliente que las solicite (negocios o conductas *standard*). Las dudas sobre si estas actividades son objetivamente idóneas para integrar el tipo de blanqueo se extienden, incluso, para aquellos casos en los que el autor conoce o sospecha que los bienes con los que será retribuido provienen de la comisión de un delito³⁴.

RAGUÉS I VALLÉS propone una línea de pensamiento para que se pueda decidir en que casos una conducta está subsumible formalmente al tipo de blanqueo y, de forma más concreta, para resolver si la realización de negocios *standard* con el conocimiento del origen delictivo de la contraprestación económica puede integrar este tipo delictivo. Por lo tanto, el criterio delimitador es el siguiente: sólo está justificado que una conducta se castigue como constitutiva de blanqueo si, para un potencial infractor, la posibilidad de contar con ella *ex post* puede valorarse como un incentivo para realizar el delito previo que disminuye de forma relevante la capacidad disuasoria de la pena prevista para dicho delito³⁵.

De acuerdo con eso, en el momento de realizar el anterior juicio se debe partir de la figura del denominado “hombre patrón”, sin tener en cuenta las peculiaridades personales que algunos potenciales infractores puedan manifestar. A tal efecto, no importan las concretas preferencias del autor del delito previo – dicho delito ya fue cometido y no hay remedio –, sino que interesan las preferencias de la mayoría de los potenciales delincuentes ya que destinatarios del mensaje que se dirige con el castigo de los actos de blanqueo. Esto obliga a introducir en el análisis criterios de racionalidad económica mediana, que, en principio, se considerarán apropiados para referirse a un infractor que actúa movido por el ánimo de ganancias. Se trata de determinar qué conductas pueden considerarse tan atractivas en términos lucrativos para dicho “hombre patrón” que la posibilidad de contar con ellas disminuya de forma relevante el efecto desincentivador de la pena de los delitos graves³⁶.

Es que en el delito de blanqueo se parte siempre de una situación en que la comisión del delito previo redundó en un incremento de la capacidad económica del autor, aunque las ganancias obtenidas corran el riesgo de perderse si se descubre cual es la procedencia de los bienes. En este contexto, resulta sumamente útil al autor del delito previo *aquellas conductas que contribuyen para una consolidación de la capacidad económica conseguida*. Este efecto de consolidación se alcanza con las acciones que tienden a la manutención de las ganancias alcanzadas desvinculándolas de su origen delictivo (*actos de ocultación*). En este grupo de conductas puede incluirse aquellas que,

³⁴ RAGUÉS I VALLÉS, Ramon. *Blanqueo de capitales y negocios standard*. Revista Ibero-americana de Ciencias Penales, Porto Alegre, año 3, n. 7, p. 163-164, set/diez 2002.

³⁵ *Ibidem*, p. 186.

³⁶ *Ibidem*, p. 186.

aunque comportando una pérdida parcial de la capacidad económica inicialmente conseguida, logran preservarla substancialmente, pues, dado que la posibilidad de vincular ciertos bienes a un delito comporta una sensible disminución de su valor, los actos de desvinculación exitosos, aunque generen determinados costos, supone, en general, un aumento de su valoración³⁷.

Así, de acuerdo con las razones expuestas por RAGUÉS I VALLÉS, las conductas idóneas para generar este efecto de “consolidación por medio de la ocultación del origen” realizan el tipo de blanqueo de dinero. Por lo tanto, para el potencial autor de delitos graves sería un importante incentivo *ex ante* al saber que, una vez consumada su infracción, podría recorrer libremente a la colaboración de terceras personas que, sin ninguna restricción le ayudarán a mantener o, incluso, a incrementar las riquezas obtenidas con la comisión del delito previo, eliminando o reduciendo el peligro de pérdida que pesa sobre ellas. Castigando como blanqueo de dinero estas conductas de aseguramiento se consigue reducir el número de personas dispuestas a realizarlas y, de este modo, disminuyen las expectativas del autor del hecho principal de acabar disfrutando pacíficamente de los beneficios que su delito le puedan proporcionar. Trasladando esta idea a las conductas de adquisición se puede sustentar la necesidad de castigar *aquellas adquisiciones que, comportando un efecto de ocultación del origen de los bienes, reviertan en una consolidación de las ventajas económicas conseguidas por el autor del delito previo*³⁸.

De acuerdo con las ideas expuestas y en lo que dice respecto a las conductas *standard*, los anteriores criterios llevan a limitar la idoneidad para realizar el tipo de blanqueo a aquellas prestaciones de servicios que generan objetivamente un efecto de ocultación y, por lo tanto, consolidación de las ganancias del delito. En cambio, la tipicidad deberá ser negada cuando el acto de consumo, aún suponiendo una transformación de los objetos que provienen de la infracción previa, no genere dicho efecto de ocultación. En este último caso, la posibilidad de contar *ex ante* con estas conductas de transformación no afecta de manera relevante a efectos de amenaza penal, pues en nada ayudan a que el autor afiance la capacidad económica conseguida con el delito previo. El mismo tratamiento merecen aquellos casos en que los actos de ocultación contribuyen de manera cuantitativamente insignificante para la consolidación de la riqueza alcanzada³⁹.

Así, el problema de la relevancia penal de lo que se denomina *acciones o comportamientos neutros* tiene su sede de discusión sistemática precisamente en la configuración del desvalor de la acción de los partícipe y la determinación de los criterios de imputación objetiva del comportamiento del cómplice.

El tipo de complicidad se encuentra sometido a controversia en la delimitación de su límite mínimo a respecto de conductas aparentemente neutras que se caracterizan, en un primer momento, por desarrollarse en ámbitos de trabajo como acciones *standard*. Su “habitualidad” (actuaciones de la “vida diaria”, “cotidiana”) y repetición

³⁷ *Ibidem*, p. 186.

³⁸ *Ibidem*, p. 186-187.

³⁹ *Ibidem*, p. 187.

algorítmica en una sociedad posindustrial y posmoderna, muchas veces integrando servicios o negocios de intercambio, obliga a presentar criterios de delimitación idóneos para discriminar el comportamiento criminal del neutro⁴⁰.

De no ser así, los riesgos a los que se expone la intervención penal señalan a una posible paralización de la vida social, caracterizada por una creciente interrelación e interdependencia de las personas, ante la amenaza de que terceros estén implicados en responsabilidades penales de hechos ajenos por su participación en el tráfico. Dicho de forma más simple: la cuestión del límite mínimo del tipo de complicidad es, desde otra parte, la frontera de libertad del ciudadano que debe poder orientarse normativamente sobre si su contribución traspasa la barrera de lo permitido por contribuir para un delito ajeno o si, al revés, su actuación – neutra – acaba sin motivo donde empieza la pura y entera responsabilidad ajena⁴¹.

El hecho de que quien se dispone a realizar una prestación o intercambio comercial se coloca la posibilidad – conocimiento eventual – de que su contribución puede servir a fines delictivos es un presupuesto que de asumirse como argumento suficiente para activar el tipo de complicidad llevaría, simple e ingenuamente, a paralización de la vida social y a un recorte insustentable de la libertad de actuación del ciudadano de un Estado que se pretenda democrático, social y de Derecho⁴².

Varias concepciones se presentan para que se resuelva el problema de la intervención de terceros que realizan su trabajo cotidiano (agentes financieros) como punible o no. El legislador brasileño no fue tan lejos a punto de establecer la punibilidad de la comisión culposa del delito de blanqueo de dinero, más destinado a los empleados de bancos o instituciones financieras, como lo hizo el legislador español. En tesis, se resolvería algunos problemas.

6. ¿Inserción en la ley de blanqueo de un tipo culposo para penalizar al agente financiero?

Una de las posibilidades de penalizar al agente financiero, sería la tipificación culposa del delito de blanqueo, pues, según la doctrina dominante en España, los destinatarios naturales del tipo culposo de blanqueo son los directores y empleados de entidades financieras⁴³.

⁴⁰ LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. **La complicidad delictiva en la actividad laboral “cotidiana”**. Granada, España: Comares Editorial, 2002, pp. 219-220.

⁴¹ *Ibíd.*, p. 220.

⁴² *Ibíd.*, p. 239.

⁴³ CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 1997, p. 336; GOMEZ INIESTA, Diego J., *El delito de blanqueo de capitales en Derecho Español*. Barcelona: CEDECS, 1996, pp. 59-60; ZARAGOZA AGUADO, Javier. “El blanqueo de dinero. Aspectos sustantivos, su investigación”. *Cuadernos de Derecho Judicial*, n. 1, 1994, p. 127.

La crítica que se hace a la tipificación culposa del delito de blanqueo, enderezada a los empleados de instituciones financieras, es que dicho hecho puede falsear la actividad económica, en particular la actuación de los intermediarios financieros en los mercados de crédito, pues las transacciones de blanqueo no se diferencian externamente de las legales ya que el dinero no muestra la forma por la que fue adquirido, *pecunia non olet*. Por lo tanto, en las operaciones bancarias es difícil descubrir una operación de blanqueo, porque se camufla entre la inmensidad de movimientos de capital legal que se realiza diariamente, lo que permite una apariencia legal a dichas operaciones. Además, existe una serie de técnicas de blanqueo de dinero que se modifican continuamente, lo que permite que no sea detectable este delito⁴⁴.

Como ya ha sido dicho, el dinero no manifiesta exteriormente su origen. Así, es muy difícil para el empleado de una entidad financiera que trata diariamente con numerosos clientes determinar si un ingreso constituye un negocio normal o una tentativa de blanqueo. Recordemos que el dinero entregado puede tener detrás de él varios procesos de ocultación, lo que permite que su origen no sea detectable. En otros casos, el empleado de la institución no tiene contacto con el dinero ya que se ocupa sólo de operaciones abstractas de carácter contable, lo que imposibilita cualquier desconfianza sobre el origen de los bienes⁴⁵.

De acuerdo con esto, con la tipificación culposa del delito de blanqueo de dinero, existiría la obligación del empleado de la institución financiera de analizar aquellas operaciones que pudiesen estar vinculadas al blanqueo y, por lo tanto, debería denunciar su sospecha a los órganos de persecución. Ocurre que no hay un catálogo preciso o específico de todas las operaciones que deben ser consideradas como indiciarias de blanqueo; y además, con la creciente tecnología, muchos contactos o transacciones son de carácter anónimo, lo que imposibilita al empleado conocer o sospechar de dichas operaciones⁴⁶.

En ese sentido es que se critica la tipificación culposa del delito de blanqueo, pues el empleado de la entidad financiera soportaría un riesgo muy grande de realización de un comportamiento punible. Es que el tipo llevaría a penalización no sólo a las conductas en las que el empleado cierre los ojos frente a transacciones delictivas, pero también en los casos en que la aceptación del dinero delictivo le fuese imputado como un comportamiento descuidado. El problema principal de la comisión culposa reside en la necesidad de establecer normativamente obligaciones de cuidado, ya que para la comisión de este tipo de delito se exige un comportamiento contrario al deber objetivo de cuidado⁴⁷.

Por lo tanto, no creemos que la inserción de un tipo culposo en la actual ley de blanqueo de dinero resuelva el problema de responsabilidad de los agentes financieros, pues, de acuerdo con las ideas expuestas, sería muy difícil la realización y la concreción del deber de cuidado, exigible para la adecuación de los delitos culposos. Como el dinero no manifiesta exteriormente su procedencia, los empleados estarían limitados a valorar hechos

⁴⁴ ARÁNGUÉZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 278.

⁴⁵ BLANCO CORDERO, Isidoro. *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales*. Granada: Editorial Comares, 1999, p. 189.

⁴⁶ ARÁNGUÉZ SÁNCHEZ, Carlos, ob. cit., p. 279.

⁴⁷ BLANCO CORDEIRO, Isidoro, ob. cit., p. 200.

extraños que se derivasen del conjunto global de las circunstancias de las operaciones realizadas, lo que haría inviable su trabajo.

7. Conclusión

Después de este breve estudio, se concluye que solamente en los casos de dolo del agente financiero, o sea, conocimiento de la procedencia ilícita de los bienes procedentes de determinados delitos y voluntad de participar en el crimen de blanqueo es que habrá la posibilidad de punición.

El primer motivo de esta conclusión es que el delito de blanqueo exige que se conozca la procedencia ilícita de los valores que serán blanqueados y, el momento del conocimiento debe ocurrir, a nuestro juicio, en el momento de la consumación del delito previsto en la ley, o sea, en el momento en que el sujeto actúa para realizar una de las actividades típicas descritas en los verbos del tipo, porque tiene que saber que los bienes proceden de uno de los delitos expresamente enumerados en la Ley y, aun, que sepa antes de la realización del delito previo⁴⁸.

Otro motivo es que además del conocimiento absoluto de la procedencia de los bienes, conociendo con exactitud que estos tuvieron su origen en uno de los delitos expresamente previstos en la ley, su finalidad debe estar dirigida para este fin, es decir, de blanqueo. Si el sujeto en la comisión del delito no tiene certeza absoluta, sino que sólo se representa como probable que los bienes tienen un origen delictivo, no se le puede condenar por la comisión del delito de blanqueo. Es que los tipos penales exigen que el autor actúe con una de las finalidades específicas, previstas legalmente, es decir, sea la de ocultar o disimular el origen criminoso de los bienes⁴⁹.

Por lo tanto, en los casos de los agentes financieros, o sea, personas que trabajan en entidades de este tipo, no habrá conducta típica si el sujeto, cuando de la realización de su trabajo, no obrar con la finalidad de ocultar o disimular el origen de los bienes. Además de eso, como ya ha sido dicho, deberá también conocer el origen delictivo del cual procede el bien. Sin estos presupuestos, no se debe hablar en conducta sancionable.

⁴⁸ CALLEGARI, André Luís, ob. cit., p. 166.

⁴⁹ En ese sentido, CALLEGARI, André Luís, ob. cit., p. 166.