Universidad Internacional de La Rioja

Facultad de Derecho

Máster Universitario en Derecho Penal Económico

Blanqueo de capitales y la responsabilidad penal del abogado por cobro de honorarios maculados: un análisis desde las perspectivas objetivas y subjetivas

Trabajo fin de estudio presentado por: Filipe Maia Broeto Nunes

Tipo de trabajo: Trabajo fin de máster

Categoría del Tesauro:

Director/a: David Balbuena Pérez

Fecha:

Resumen

El presente trabajo fin de máster se propone a analizar si el abogado penalista que percibe sus honorarios por la defensa ejercida en juicio comete el crimen de blanqueo de capitales cuando el pago es hecho con dinero proveniente de actividad delictiva. Para mejor comprender el tema, se expondrán las principales teorías desarrolladas sobre él, tanto las que buscan solventar la controversia en el marco del tipo objetivo (adecuación social, riesgo permitido y conductas neutrales o cotidianas), cuanto las que entienden que el problema ha de resolverse en el ámbito del tipo subjetivo (dolo directo), bien como las que sostiene la posibilidad de resolución del problema en el ámbito de la antijuridicidad, bajo la perspectiva de la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

Palabras clave: Expansión del derecho penal; blanqueo de capitales; ejercicio de la abogacía; honorarios fingidos; publicidad por cobro de honorarios.

Abstract

This master's thesis proposes to analyze whether the criminal lawyer who receives his fees for the defense exercised in court practices the crime of money laundering when the payment is made with money from criminal activity. For this, the main theories developed on the subject are exposed, both those that seek to solve the controversy within the framework of the objective type (social adequacy, allowed risk and neutral or daily behaviors), as well as those that understand that the problem must be resolved in the field of subjective type (direct intent), as well as those that support the possibility of resolving the problem in the field of illegality, from the perspective of the cause of justification of the legitimate exercise of a right, official letter or charge.

Keywords: Expansion of criminal law; money laundering; practice of law; fake fees; advertising for fees.

ÍNDICE

1. Introducción 5

2. La sociedad de riesgo, el fenómeno de la expansión del derecho penal (causas y consecuencias) y el blanqueo de capitales como delito típico del movimiento expansionista.... 6

3. Lineamentos sobre el delito de blanqueo de capitales en el ordenamiento penal español.....15

3.1. Legislaciones sobre el blanqueo de capitales.....15

3.2. El problema del bien jurídico tutelado por el crimen de blanqueo de capitales: una discusión mundial Legislaciones sobre el blanqueo de capitales.....17

3.2.1. El bien jurídico menoscabado por el delito previo.....19

3.2.2. La administración de la justicia.....20

3.2.3. El orden económico.....21

3.2.4. La pluriofensividad.....23

3.3. El tipo objetivo del crimen de blanqueo de capitales en España.....25

3.4. El tipo subjetivo del crimen de blanqueo de capitales en España.....26

4. La (im)punibilidad del abogado penalista que recibe honorarios provenientes del crimen 28

4.1. Criterios relativos a la tipicidad objetiva.....28

4.1.1. Teoría de la adecuación social.....28

4.1.2. Teoría de la imputación objetiva: el actuar dentro de un «riesgo permitido» y la práctica de «conductas neutrales».....30

4.1.3. Teoría de la imputación objetiva: la reducción teleológica del tipo de blanqueo de capitales y la cuestión de los «honorarios fingidos».....34

4.1.4. Teoría de la tipicidad conglobante de Eugenio Raúl Zaffaroni.....40

4.1.5. Teoría de la imputación objetiva y conductas neutrales: el aporte del criterio de idoneidad desarrollado por Luís Greco.....42

4.2. Criterios relativos a la tipicidad subjetiva.....50

4.3. El criterio de la justificación.....53

5. Conclusiones.....56

Referencias bibliográficas 60

1.Introducción.

El presente trabajo fin de máster se propone a analizar si el abogado penalista que percibe sus honorarios por la defensa ejercida en juicio comete el crimen de blanqueo de capitales cuando el pago es hecho con dinero proveniente de actividad delictiva.

La discusión tiene innegable importancia, sobre todo en la actualidad, en la que se habla hiperconectividad, de nuevos riesgos, exceso de información y transacciones instantáneas de carácter transnacional.

El trabajo se divide en tres grandes capítulos, en los cuales se expone los principales puntos relativos a la discusión objeto de estudio.

En el primer capítulo, denominado «la sociedad de riesgo, el fenómeno de la expansión del derecho penal (causas y consecuencias) y el blanqueo de capitales como delito típico del movimiento expansionista», se discurre sobre la sociedad del riesgo y su influencia en la expansión del derecho penal y se explica por qué el blanqueo de capitales es un fenómeno típico de la expansión del derecho penal expandido.

En el segundo capítulo, se hacen unos lineamentos sobre el delito de blanqueo de capitales en el ordenamiento penal español, exponiendo temas centrales del delito en cuestión, tales como las olas o generaciones de leyes de criminalización del blanqueo y su relación con los crímenes antecedentes, la tormentosa e interminable discusión acerca del bien jurídico tutelado por el crimen de blanqueo de capitales, las principales corrientes doctrinales sobre el bien jurídico tutelado por este delito y los tipos objetivo y subjetivo en la legislación española.

Para finalizar, en el tercer capítulo, dedicado a la cuestión central, se exponen los principales argumentos que buscan mostrar la imposibilidad de punición del abogado penalista por cobo de honorarios de origen delictivo.

Aquí, se discurre sobre las teorías objetivas – las que entienden que la conduta debe resolver ya en el marco del tipo objetivo, ya sea por la adecuación social de la conduta, por la teoría de la imputación objetiva en sus más relevantes desbordamientos –, sobre las teorías subjetivas y, para finalizar, sobre la solución del problema en el nivel de la antijuridicidad,

desarrollada con base en la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

2. La sociedad de riesgo, el fenómeno de la expansión del derecho penal (causas y consecuencias) y el blanqueo de capitales como delito típico del movimiento expansionista.

La sociedad actual es otra, distinta de la sociedad de ayer. Esta afirmación puede parecer obvia en un primer momento, pero de ella resultan muchas implicaciones sobre los más distintos temas que constituyen la sociedad misma. Una de las implicaciones, que es lo que interesa aquí, es la siguiente: si la sociedad de hoy no es más igual que la de ayer, el derecho, de igual modo, ¿también no es más lo mismo? ¿En ese mismo paso, se puede decir que el derecho penal también no siegue siendo aquel forjado sobre las bases de los ideales iluministas del siglo XVIII?

De hecho, al contrario de la *sociedad industrial* o *de clases*, cuyo concepto giraba en torno de la cuestión de cómo la riqueza socialmente producida puede ser distribuida de forma socialmente desigual y, al mismo tiempo, legítima, en la *sociedad del riesgo* hay un problema similar, que es, sin embargo, completamente distinto (BECK 2010).

Según el autor, la cuestión que se presenta es: ¿cómo es posible que las amenazas y riesgos sistemáticamente coproducidos en el proceso tardío de modernización sean evitados, minimizados, canalizados y, cuando venidos a la luz bajo la forma de «efectos colaterales», aislados y redistribuidos de modo tal que no comprometan el propio proceso de modernización, tampoco las fronteras de lo que es ecológica, medicinal, psicológica o socialmente aceptable? (BECK 2010).

De esa forma, la preocupación no es solo, o no solo exclusivamente, la utilización económica de la naturaleza para libertar las personas de sujeciones tradicionales, sino con problemas decurrentes del propio avance técnico-económico, lo cual hace el proceso de modernización convertirse a sí mismo en tema y problema (BECK 2010).

El avance de la tecnología acaba por dar lugar a dos retos: por una parte, las nuevas tecnologías, sin igual en la historia, junto a un enorme desarrollo de distintas áreas del conocimiento humano, generan nuevas situaciones y, por consecuencia, la creación de numerosos

riegos que antes ni siquiera se los imaginaban (cuestiones económicas, de privacidad, medioambientales, de salud y seguridad públicas, etcétera) y, por otro, la integración de las sociedades nacionales en un movimiento de globalización (SILVEIRA 2006).

Sin embargo, afuera la cuestión de los nuevos riesgos, estos son mucho más grandes en la sociedad globalizada, una vez que las anteriores fronteras físicas existentes entre los países fueran superadas por la tecnología, la cual hace posible el éxito de millares de transacciones internacionales con solo un clic del ratón del ordenador, poco importando en cuál espacio geográfico se encuentren los negociadores.

Como el Estado busca efectivar el bienestar de los ciudadanos, se pasó a exigir de él una intervención también en campo de la economía, lo que sirvió de base a la discusión sobre un nuevo derecho penal, que pasaría a intervenir no solo en aquellas cuestiones relativas a los bienes jurídicos individuales, sino en los nuevos bienes jurídicos que han nacido de ese nuevo paradigma de sociedad.

Además de eso, como los nuevos riesgos no tienen límites geográficos, se percibe un intento de globalizar las leyes también en ámbito criminal, dado que las transacciones internacionales y el diálogo constante entre Estados soberanos acaban perjudicados por la criminalidad, razón por que se busca, de alguna forma, una especie de alineamiento de las directrices legislativas[1], en aquel que SILVEIRA (2006) va a llamar de intento de criminalización de conductas globales.

El intento de estandardización o alineamiento de la política criminal se percibe, por ejemplo, cómo señala SILVEIRA (2006), ya en 1988, con la problemática relacionada con las drogas, de la cual se originó la Convención de Viena. Después, todavía de acuerdo con el autor, en 1994, la Organización de las Naciones Unidas – ONU, en la ciudad de Nápoles, hizo la 1.ª Conferencia Mundial sobre el Crimen Organizado Internacional, con especial énfasis en el tráfico intencional de drogas.

[1] En ese sentido, se pueden destacar, de entre otras, la Declaración de Principios de Basilea sobre prevención de la utilización del sistema bancario para el blanqueo de fondos de origen criminal, de 1988; la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, de 1988, conocida como Convención de Viena; las 40 recomendaciones del GAFI (1990); el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, de 1990, también conocido como Convención del Consejo de Europa; las conocidas Directivas Europeas; la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada (2000), Convención de Palermo; Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Todo este panorama fija las bases para la implantación de un Derecho Penal más amplio, pues pasa a existir una cierta sintonía de pensamientos que defienden la necesidad de intervención del derecho penal también en el campo económico, objetivando dar más garantías al sistema. Sobre el tema, SILVEIRA (2006) observa que el expansionismo penal, muy característico de los nuevos riesgos surgidos de la sociedad del riesgo, es un factor determinante de tendencias opuestas. Por un lado, están quienes reconocen y defienden la intervención económica, mientras que, por otro, hay aquellos – cuyo protagonismo se encuentra en Hassemer, Herzog, Prittwitz, miembros de la llamada Escuela de Frankfurt, así como en Silva Sánchez – que se muestran contrarios a la criminalización difusa. Para estos últimos, se deberían utilizar diferentes instrumentos para tratar tales cuestiones, como es el caso de la Ley de Intervención o la Ley Penal de dos velocidades.

No obstante, los que sostienen la intervención del derecho penal en el ámbito económico dicen que, en el mundo globalizado, el derecho penal económico se ha tornado una parte integrante de la Ciencia Penal, razón por la cual, si hay una «nueva sociedad», hay que existir, de igual modo, un «Derecho Penal moderno», el cual se distingue muchísimo de los principios iluministas liberales que siempre basaran el derecho penal clásico o nuclear. (SILVEIRA 2006).

El problema de esta forma de abordaje es justamente la flexibilización del propio Derecho Penal Económico, una rama rebelde que, a pesar de ostentar en su núcleo la palabra penal, no se somete a las balizas de la dogmática propia de esa rama del Derecho (BROETO 2022). En ese escenario nace lo que SÁNCHEZ denominó de expansión del derecho penal.

El fenómeno da expansión del derecho penal, a propósito, fue muy bien trabajado por SÁNCHEZ, en su obra «La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales», en la cual el autor demuestra que la expansión está bien conectada a la sociedad del riesgo, como si fuera una consecuencia natural de esta.

Al analizar las principales causas de esta expansión del derecho penal, SÁNCHEZ (2011) apunta, de entre otros, como primer factor, el surgimiento de nuevos intereses, dado que se han creado bienes jurídicos que antes no existían o, si existentes, no hubieran sido valorados con tanta significancia. De acuerdo con el autor, hay que llevarse en consideración la conformación o generalización de nuevas realidades, las cuales antes no existían – o no con la misma incidencia-, y en cuyo contexto ha de vivir la persona, que se ve influida por una alteración de aquellas (SÁNCHEZ 2011).

Son ejemplos de estas novedosas realidades la aparición de las instituciones económicas del crédito o de la inversión. Todavía en este sector de los nuevos intereses o nueva valoración de intereses preexistentes, hay que tener en cuenta aquellos casos en que se opera, como explica SÁNCHEZ (2011, p. 11) un «deterioro de realidades tradicionalmente abundantes y que en nuestros días empiezan a manifestarse como bienes escasos, atribuyéndoseles ahora un valor que anteriormente no se les asignaba, al menos de modo expreso», como ocurre, por ejemplo, con el medioambiente. Para finalizar, en tercer lugar, hay que observar el aumento esencial de valor que experimentan que ciertas realidades experimentan, las cuales siempre estuvieran ahí, pero que no eran observadas, como es el caso, a título de ejemplificación, del patrimonio histórico-artístico (SÁNCHEZ 2011).

Como segunda causa de la expansión del derecho penal, SÁNCHEZ (2011) apunta la efectiva aparición de nuevos riesgos, haciendo clara mención a la sociedad del riesgo desarrollada por ULRICK BECK para decir que «la sociedad actual aparece caracterizada, básicamente, por un marco económico rápidamente cambiante y por la aparición de nuevos avances tecnológicos sin parangón en toda la historia de la humanidad» (2011, p. 13). Sin desconsiderarse el bien estar que dicho avance tecnológico produce, hay que llevarse en cuenta, de igual modo, las consecuencias negativas, sobre todo la que dice respecto a la configuración del riesgo de procedencia humana como un fenómeno social estructural, generado por las decisiones que unos conciudadanos adoptan y que, sin embargo, reflejan en todos[2], tengan o no intervenido en la toma de decisión, sepan o no que la decisión fue tomada (SÁNCHEZ 2011).

Un tercer punto, bien trabajado por SÁNCHEZ, es la institucionalización de la inseguridad constante, típica de la sociedad postindustrial, en la que se emplean medios técnicos y se utilizan sustancias químicas con efectos que se saben nocivos, pero que no se puede especificar cuál el daño que va a causar y cuando lo hará. Como bien señala el autor, «el ciudadano anónimo se dice: ‹nos están matando, pero no acabamos de saber a ciencia cierta ni quien ni cómo ni a qué ritmo›» (SÁNCHEZ 2011, p. 16). Esta afirmación se convierte en una máxima incuestionable, sobre todo por el hecho de ya haber sido descartada por los especialistas la posibilidad de neutralización de los riesgos.

[2] Como ejemplo de conciudadanos que se quedan expuestos por la toma de decisión, se citan los consumidores, usuarios, beneficiarios de prestaciones públicas, etc.

Se subraya, como cuarta causa, que la inseguridad no dice respecto solo al individuo, sino que a toda la sociedad la cual, con su monumental pluralidad de opciones, con la existencia de una sobreinformación, a la que se suma la falta de criterios para la decisión sobre lo que es bueno o malo, sobre en qué se puede confiar y en qué no, constituye un germen de dudas, incertidumbres, ansiedad e inseguridad (SÁNCHEZ 2011). Este fenómeno se vio ocurrir, a modo de ejemplo, con las vacunas destinadas al virus COVID-19, que puso de rodillas a todo el mundo, que no sabía al cierto lo que era el virus ni cómo combatirlo. A ello se debe añadir la problemática apuntada sobre el exceso de información, por un lado, y la incertidumbre acerca de la calidad de la información.

En Brasil, por ejemplo, hubo grande discusión, con exceso de informaciones contradictorias, sobre la eficacia de la vacuna contra el covid-19, sobre todo debido a la velocidad con la que se diseminó el virus y la pronta elaboración de una vacuna sin los experimentos que suelen ocurrir en estos procedimientos. Para intentar reducir el miedo por parte de muchas personas que no querían vacunarse, innúmeras fueran las materias desarrolladas por institutos de credulidad en el país asegurando la seguridad de la vacuna (BUTANTAN 2021).

Una quinta causa de la expansión del derecho penal es la configuración de una sociedad de sujetos pasivos, formada en grande número por «pensionistas, desempleados, destinatarios de prestaciones públicas educativas, sanitarias, etc., personas o entidades subvencionadas (beneficiarios, en definitiva, de la transferencia de riqueza, más que creadores de los excedentes objetos de transferencia) que se convierten en los ciudadanos, los electores por excelencia» (SÁNCHEZ 2011, p. 33).

Aun sobre la sociedad de sujetos pasivos, interesante son los apuntes del autor cuando explica que, al menos en parte, por el fenómeno de la concentración del capital, las clases activas, dinámicas, emprendedoras, son cada vez menos numerosas, de forma que su relevancia y su prestigio en el concierto social resultan inferiores, incluso mucho más inferiores a lo que había sido hace cien o cincuenta años (SÁNCHEZ 2011). Aquí ocurre una especie de democratización del derecho penal, que ahora no más busca solo al pobre, sino también, e incluso con más ganas y apoyo social, a los ricos.

Cuando se habla en democratización del derecho penal se hace de una forma critica, porque una importante parte de la doctrina, haciendo una lectura con las lentes de Karl Marx,

describe el derecho penal como una herramienta de opresión/dominación de la clase pobre, el proletariado, por la clase rica, formada por los detentores de los medios de producción.

De esa forma, con la criminalización de los ricos, como es el caso del derecho penal económico, incluso en los crímenes de cuello blanco, se estaría igualando la represión criminal y, en cierta medida, produciendo justicia. Este pensamiento, sin embargo, no puede ser aceptado sin críticas, dado que no hay como, racionalmente, aprobar el movimiento de expansión del derecho penal, ni para los ricos ni para los pobres. La contradicción de esto todo está en el hecho de que los mismos grupos políticos que no se cansan de afirmar la inutilidad y donosidad de la coacción estatal a través de la pena (o del Derecho Penal) son quien pretende emplear este mismo Derecho Penal para el logro de sus fines emancipatorios (SCHEERER 1985, citado por SANCHÉZ, 2011).

En ese contexto, «quienes en su día repudiaban el Derecho penal como brazo armado de las clases poderosas contra las subalternas ahora reclaman precisamente más Derecho Penal contra las clases poderosas» (SANCHÉZ 2011, p. 67). De hecho, la razón parece estar con Gustav Radbruch cuando dice que no hay que hacer del derecho pena una cosa mejor, sino que hacer una cosa mejor que el derecho penal. En ese sentido, por lo tanto, no se puede aplaudir la expansión, una vez que ella apenas demuestra una especie de fracaso de la política criminal a nivel global.

Sin agotar todas las causas del fenómeno de expansión del derecho penal, hay que poner en relieve la sexta, que se fundamenta, según SÁNCHEZ (2011), en el descrédito de otras instancias de protección, justamente porque las causas anteriores, por sí solas, no resultarían suficientes para justificar este llamamiento al sector más represivo y violento del derecho: el derecho penal.

En relación con la sexta causa, SÁNCHEZ (2011) la divide, básicamente, en tres sectores desacreditados en la actual sociedad y explica que estos descréditos acaban por llamar al Derecho penal para solventar problemas que no debería. En un primer momento, porque no hay una ética social mínima en la actual sociedad, en la cual todos se ven como detentores de derechos, pero sin equivalentes obligaciones. Así, el autor, haciendo un paralelo con la teoría de la anomia, desarrollada por DURKHEIM, sostiene que «las sociedades modernas, en las que durante décadas se fueron demoliendo los criterios tradicionales de evaluación de lo bueno y

lo malo, no parecen funcionar como instancias autónomas de moralización, de creación de una ética social que redunde en la protección de los bienes jurídicos» (SÁNCHEZ 2011, p. 59).

Así como ocurre en la ausencia de una ética moral que pueda funcionar como instancia autónoma de protección de bienes jurídicos, tampoco el Derecho civil de daños podría exteriorizar la necesaria reprobación a determinados hechos humanos, sobre todo por su evolución de un modelo de responsabilidad para un modelo del seguro. Por ello, como el daño ocasionado por la conducta está asegurado, hay una baja de los niveles de diligencia del agente, pues que la indemnización habrá que afrontarla la aseguradora. En ese sentido, el modelo del seguro tiene como consecuencia, de cierta forma, una disminución de la eficacia preventiva que frente a conductas individuales dañosas podría tener el Derecho civil de daños. Además de eso, hay que llevarse en consideración, de igual modo, que la sencilla implantación del modelo de seguro tendría a generar valores estandarizados de indemnización, los cuales se alejan cada vez más de garantizar una compensación efectivamente próxima al daño causado, ya que muy difícil la reparación integral (SÁNCHEZ 2011).

Para finalizar estas sucintas líneas sobre las causas de la expansión, cuanto a la posible eficacia del derecho administrativo como instancia autónoma de protección de bienes jurídicos relevantes, se pone de relieve que el recurso al principio de oportunidad, sumado a la constante burocratización y lamentablemente a la corrupción en las Administraciones Públicas, son causas innegables del descrédito que han experimentado los instrumentos de protección específicos de este sector, ya sean preventivos, ya sean sancionatorios (SÁNCHEZ 2011).

Delante de ese contexto, se nota un escenario desalentador, porque se ve al derecho penal no como una instancia de *ultima ratio*, sino como único instrumento supuestamente eficaz de pedagogía político-social, como mecanismo de socialización y de civilización. Sin embargo, esta expansión no tiene eficacia, porque impone al Derecho penal cargas que él no puede soportar, como es el caso de la *Zukunftssicherrung*, esto es, de la responsabilidad de preservación o protección de los intereses fundamentales de las generaciones futuras, que no podrían ser eficazmente tuteladas por el Derecho Penal (SÁNCHEZ 2011).

Como toda causa genera consecuencias, en Derecho penal no podría ser diferente. Así, delante de todos estos cambios sociales y de política criminal, hay un giro también en lo que dice respecto a la propia manera de trabajarse con el Derecho Penal, que pasa ahora a flexibilizar los principios político-criminales, bien como las reglas de imputación típicas de aquel

Derecho Penal clásico. En ese contexto, «la combinación de la introducción de nuevos objetos de protección con la anticipación de las fronteras de la protección penal ha propiciado una transición rápida del modelo delito de lesión de bienes individuales al modelo ‹delito de peligro (presunto) para bienes supraindividuales› pasando por todas las modalidades intermedias» (SÁNCHEZ 2011, p. 132)

Además de ese adelantamiento de intervención penal a un momento previo a la efectiva lesión de un determinado bien jurídico, la orientación a la protección de contextos cada vez más genéricos lleva al Derecho penal a entrar en relación con fenómenos de dimensiones estructurales, globales o sistémicas, en los que las aportaciones individuales, autónomamente contempladas, son, al contrario, de intensidad baja, lo que convierte el Derecho penal, que reaccionaba *a posteriori* contra un hecho lesivo individualmente delimitado, en un Derecho de gestión (punitiva) de riesgos generales. Este derecho penal de gestión de riesgos generales, a su vez, incorpora una sistemática legislativa de remisiones a disposiciones administrativas y da causa al llamado proceso de administrativización del derecho penal (SÁNCHEZ 2011).

Sobre el problema de la administrativización del derecho penal, se percibe que la comprensión del alcance de los tipos penales resulta prácticamente imposible sin el empleo de normas extrapenales, de contextualizaciones externas al texto legal. Gracias a ello, el derecho penal, en este sentido, siempre necesita de una complementación exterior, generalmente de carácter administrativo. Este es, a propósito, el exacto punto en lo cual el expansionismo penal se encuentra con la técnica legislativa, que cada vez más hace uso de normas penales en blanco, sin regulaciones mínimas que afirmen su validad, lo que acaba por conceder demasiado poder a la administración que, a su vez, acaba actuando de forma determinada en el ámbito penal (FALAVIGNO 2020).

De hecho, de acuerdo con BRIZ (2020, p. 36):

> «Cuanto más se extiende el Derecho penal a ámbitos técnicamente complejos, como el que nos ocupa, se produce una mayor vinculación funcional con los otros sectores del ordenamiento, haciéndose más perentoria la necesidad de incluir en los tipos penales elementos normativos de carácter jurídico que remiten a distintas ramas y ordenamientos extrapenales. En no pocas ocasiones los delitos previstos en el Código toman sin más la significación que de determinados conceptos se da en el Derecho civil, mercantil, laboral o administrativo. Por ejemplo, art. 262 CP “concurso o subasta pública”; art. 308 “subvenciones, desgravaciones o ayudas de las Administraciones públicas”; art. 409 “servicio público”. Esta clase de tipos penales huyen del lenguaje descriptivo clásico adquiriendo un estilo tecnocrático y reglamentista que encorseta

> las posibles interpretaciones materiales, forzando la introducción de elementos de lesividad real a partir del recurso argumentativo a una suerte de autonomía del Derecho penal. Señalar la proliferación de elementos normativos conduce inevitablemente a la constatación del proceso referido y al acercamiento de las conductas prohibidas por el Derecho penal a la vez que por otras disciplinas jurídicas».

A vista de lo expuesto, se puede describir, a modo de conclusión, como innegables consecuencias del movimiento expansionista del derecho penal la creación demasiada de delitos de peligro abstracto, tipos penales de redacción abierta, llenos de elementos normativos y de accesoriedad administrativa, leyes penales en blanco y un número más grandes de tipos penales omisivos y culposos. En síntesis, el legislador penal del momento viene gradualmente ampliando su ámbito de intervención, con la creación de nuevos tipos penales que están cada vez más lejos de aquello que históricamente constituyó el núcleo del Derecho penal (PÉREZ 2016).

De mano de todas estas informaciones – relacionadas a las causas y consecuencias de la expansión del derecho penal como producto de una sociedad de riesgo, altamente tecnológica y mundialmente conectada –, no hay como negar que el delito de blanqueo de capitales[3] es un delito eminentemente económico, creado en el marco de la expansión del Derecho Penal, y lleno de las características de un nuevo derecho penal o derecho penal moderno. En ese sentido, RODRIGUES (2019), en su obra «Direito Penal Económico: uma política criminal na era compliance», ubica el tratamiento del crimen de blanqueo de capitales en la llamada «europeização do direito penal económico» y hace innúmeras consideraciones sobre la normativa internacional y de la Unión Europea de prevención y punición del blanqueo visando a la demostración de dignidad penal de este comportamiento que, como sostiene, es muy dañino a la sociedad en general.

De hecho, el blanqueo de capitales es una figura delictiva artificial, destinada a tutelar – como se verá con más profundidad en tópico propio – el orden económico, o sea, un bien jurídico difuso, espiritualizado, que ni siquiera exige un resultado material para que se lo reputе consumado, sobre todo porque es prácticamente imposible constatar que esto o aquel blanqueo fue quien, en efecto, dio causa a una desestabilización del orden económico.

[3] En Brasil, lavagem de dinheiro/lavagem de capitais/lavagem de ativos/branqueamento de dinheiro/branqueamento de capitais/ branqueamento de ativos. En Argentina, lavado de activos/blanqueo de dinero.

Con estas consideraciones generales acerca de los varios y grandes problemas del llamado derecho penal económico, fruto de un imparable proceso de expansión, hay que estudiar a continuación unos puntos generales del crimen de blanqueo de capitales y su reglamento en el derecho español, a fin de hacer posible la comprensión y, sobre todo, la resolución del problema de imputación en lo que dice respecto a la figura del abogado penalista que recibe sus honorarios con dinero proveniente – sepa él o no – de crimen.

3. Lineamentos sobre el delito de blanqueo de capitales en el ordenamiento penal español.

Este capítulo tiene como objetivo exponer algunos de los rasgos fundamentales del crimen de blanqueo de capitales, incluyendo la cuestión referente a las generaciones de leyes que buscaron justificar la legitimidad de este delito. Así, serán objeto de análisis, además de las generaciones de leyes, la problemática del bien jurídico, el tipo objetivo y el tipo subjetivo del crimen, con enfoque en el orden jurídico español.

3.1. Legislaciones sobre el blanqueo de capitales

Como se puede ver, el derecho penal pasa por un momento de expansión, fenómeno que engloba innegablemente el problema del blanqueo de capitales. Esa lucha contra el lavado de activos, sin duda, es una bandera mundial y que viene haciendo un verdadero cambio en las legislaciones de varios países. En ese sentido, como una derivación de la transnacionalización del fenómeno del blanqueo de capitales se ha producido también en nivel transnacional una respuesta sin precedentes en la lucha contra ese fenómeno (CORDERO 2015).

Aun de acuerdo con CORDERO (2015), la comunidad internacional ha aceptado la necesidad de intensificar la cooperación en materia penal más allá de las fronteras nacionales, lo que acabó, por un lado, haciendo nacer un deseo de reforzar y ampliar los mecanismos de cooperación internacional y, por otro, generando una proliferación de acuerdos específicos en relación con las formas de actividad criminal.

Este movimiento de expansión, bajo un punto de mirada dogmático y legislativo, se nota muy concretamente en tres momentos distintos, a los cuales la doctrina brasileña suele llamar de generación de leyes. Esta designación, ampliamente utilizada en Brasil, aunque no

sea adoptada en España, sirve bien para retratar el fenómeno expansivo del derecho penal y, de igual manera, demostrar el actual estado de cosas de la legislación relativa al blanqueo de capitales.

Cuanto a la primera generación – o momento –, se comprende apenas la posibilidad de cometer el crimen de blanqueo si los bienes o valores fueran decurrentes del tráfico de drogas. En España, la tipificación del blanqueo ocurrió, por la primera vez, en 1988, por medio de la Ley Orgánica 1/1988. El legislador de la época tuvo inspiración en el modelo de la Convención de Viena, dado que el acto normativo internacional delimita el blanqueo de capitales como resultado de los provechos económicos derivados del tráfico de estupefacientes y recomienda a los países la creación de tipos penales que hagan frente a esta situación (SIQUEIRA 2018). A las leyes que tienen esta restricción más grande se les denomina de leyes de primera generación.

Sin embargo, como se está en un proceso de expansión del derecho penal – rama del derecho que es tenida como una panacea –, hubo en un segundo momento una ampliación relacionada con el crimen antecedente generador de provecho económico, alteración llevada a cabo para abarcar un número más grande de delitos. En estas leyes, la principal característica es la existencia de un listado de delitos que pueden figurar como crimen antecedente.

Un claro ejemplo de legislación de segunda generación es el Brasil, específicamente la redacción original de la primera normativa sobre blanqueo de capitales, la cual fue introducida en el ordenamiento brasilero en 1998 (diez años después de la España), por medio de la Ley Federal 9.613, de 3 de marzo. En su artículo primero, *caput*, el legislador expuso la conducta típica y fijó los delitos que podrían figurar como crímenes antecedentes en incisos, limitando la incidencia del lavado a crímenes específicos y taxativos, como, por ejemplo, el tráfico ilícito de drogas y substancias estupefacientes; terrorismo, contrabando o tráfico de armas y municiones, extorsión, crímenes contra el sistema financiero nacional, crímenes cometidos contra la Administración Pública o aquellos cometidos por organizaciones criminales.

A modo de conclusión, hay las leyes de tercera generación, cuya principal característica es su total amplitud, una vez que no tiene ningún listado de crímenes antecedentes, siendo necesario solo que la conducta antecedente esté tipificada como delictiva. En Brasil fue exactamente lo que paso con la alteración introducida en 2012, a través de la Ley Federal 12.683,

de 9 de julio de 2012, la cual excluyó el listado de delitos y cambio una elementar del *caput* del artículo 1.º, que pasó a tener la siguiente redacción: ocultar o disimular la naturaleza, origen, localización, disposición, movimiento o propiedad de bienes, derechos o valores provenientes, directa o indirectamente, de *infracción penal*. Además de quitar el listado, la ley cambió la parte final del artículo, que antes englobaba solo «crimen» y ahora pasa a abarcar todo tipo de «infracción penal».[4]

En España, con la edición de la Ley Orgánica n. 5/2010, hubo alteración parecida en el tipo de blanqueo, de modo que la legislación española pasa a ser de tercera generación, por cuanto no tiene ningún listado específico, así como no hace distinción acerca del hecho antecedente. Ello porque el Código Penal de 1995, establecido por la Ley Orgánica n. 10/1995, disponía que, para haber el blanqueo, los bienes o valores tendrían que provenir de un delito grave, o sea, castigado con pena superior a tres años.

No obstante, en la línea del fenómeno de la expansión, brillantemente trabajado por SÁNCHEZ, igual que en Brasil – pero con dos años de antelación – la España pasa por una nueva regulación, la cual fue llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/2010, que modifica lo que se consideraba como delito antecedente: ahora, no hace falta que el crimen sea grave, bastando solo que sea una actividad delictiva.

3.2. El problema del bien jurídico tutelado por el crimen de blanqueo de capitales: una discusión mundial Legislaciones sobre el blanqueo de capitales

La cuestión acerca del bien jurídico tutelado por el blanqueo de capitales es en España, así como lo es en Brasil, muy controvertida, de forma que no hay consenso sobre el tema. Sin embargo, el enfrentamiento del tema constituye una cuestión fundamental al desarrollo del trabajo, razón por la cual se dedican algunas líneas sobre el problema.

[4] En Brasil, hay dos categorías de condutas ilícitas, cuales sean: los crímenes, que están previstos en el Código Penal y en las muchas leyes especiales que existen en el país, y las contravenciones penales, que son aquellas cuya previsión está en el antiguo Decreto-Lei n. 3.688, de 3 octubre de 1941. La verdad es que, ontológicamente, no tienen distinción, pero, para fines penales, si no fuera tal modificación legal, las contravenciones penales, como es el caso del juego del bicho, no podrían figurar como infracción antecedente para la adecuada tipificación del crimen de blanqueo.

Antes de analizar el bien jurídico tutelado por el delito de blanqueo de capitales, hay que señalar todavía el debate existente en España sobre la legitimidad de este tipo penal en el orden jurídico para solo después, caso se constate su pertinencia, discurrir sobre las controversias del bien jurídico.

De acuerdo con CORDERO (2015), para determinar si una conduta merece reproche penal es necesario analizar dos cuestiones: la primera, si antes de la criminalización de la conducta hay un interés social de importancia que justifique la amenaza penal. Una vez existente este interés social previo, hay que verificar, como segundo criterio, en virtud del principio de subsidiariedad, si el resto de las instancias de control se muestra insuficiente para la tutela de dicho interés.

La controversia sobre el tema en España ya tiene lugar aquí, dado que hay dos partes de la doctrina que no se alinean acerca del tema: por un lado, existen aquellos que entienden que la criminalización del blanqueo no se encuentra legitimada, razón por la cual, además de no punible, debe ser fomentada dicha práctica. Son adeptos de esta postura, por ejemplo, FERNÁNDEZ (2009) y GONZÁLEZ (1995).

Para FERNÁNDEZ (2009) incluso el blanqueo es una figura delictiva inoportuna, una vez que busca responder exclusivamente a la mentalidad de una clase burócrata afincada en organismos al estilo del GAFI que confunde los fines preventivos, políticos y policiales en la lucha contra la criminalidad organizada con la función del Derecho penal, además de pertenecer a un Derecho penal expansivo impropio de un Estado liberal, porque impone deberes positivos, en este caso, de información que pueden incluso dificultar la vida económica.

Por otro lado, como advierte CORDERO (2015), en carácter innegablemente mayoritario, hay aquellos que sostienen la legitimidad de la intervención penal sobre esta conducta.

Sin embargo, la necesidad de criminalización del blanqueo es, segundo CORDERO (2015), el mínimo en el que existe acuerdo en la doctrina española, pues ella se discrepa abiertamente sobre cuál es el bien jurídico que tutela dicho tipo penal. En este contexto, en la línea de lo que ya se pudo señalar, en el ámbito del blanqueo, el bien jurídico que se busca supuestamente tutelar no fue *identificado* por el legislador, sino *creado legislativamente*, como algo

artificial. Gracia, por lo tanto, a esta inmensurable expansión que se pasó a buscar explicaciones que legitimaran el tipo fabricado, cuyo objeto de protección hasta hoy siegue en discusión, sin ninguno consenso. El consenso, aquí, es solo en la grande discordancia (BROETO 2021).

Innegable, por lo tanto, que las generaciones u olas de criminalización del blanqueo constituyen etapas de un proceso de tentativa de creación artificial de un bien jurídico por medio de modificaciones legislativas (TAVARES y MARTINS 2020). No obstante estos cuestionamientos sobre la legitimidad de la criminalización del blanqueo como un todo, se pasa adelante para exponer las principales teorías sobre los distintos bienes jurídicos que se tutelan por medio de este tipo penal.

3.2.1. El bien jurídico menoscabado por el delito previo

Hay un sector doctrinal que defiende que el bien jurídico tutelado por el tipo de blanqueo de capitales es el bien jurídico menoscabado por el delito antecedente que regeneró los bienes o valores que fueran reciclados. En ese sentido, CORDERO (2015, p. 296) señala, sin adoptar tal posición, que «el reciclaje de los bienes procedentes de los delitos de tráfico de estupefacientes supone un menoscabo, aunque sea indirecto, de la salud pública, y más cuando el blanqueo es parte del ciclo productivo de los estupefacientes, en la medida en que permite obtener recursos financieros para seguir con su producción».

Esta postura, sin embargo, no goza de amplia aceptación en España, sobre todo porque amplia demasiadamente el alcance del tipo, además de ocasionar una *superprotección* al bien jurídico menoscabado por el delito antecedente. Imagínese, por ejemplo, un sicario que cobra treinta mil euros para matar a determinada persona; después de practicar el homicidio, encubre su dinero. El bien jurídico tutelado por el crimen de homicidio, que generó el capital encubierto, es la vida humana extrauterina. Resulta difícil e incluso inconveniente sostener que, en este caso, el bien jurídico protegido por el blanqueo de capitales será la vida humana extrauterina.

Afuera esos apuntes, BOTTINI (2019) hace tres importantes críticas a esta posición: la *primera* es que, si el bien jurídico protegido por la norma del blanqueo es el mismo menoscabado por el crimen antecedente, habrá innegable *bis in ídem*.

La *segunda* gira en torno de la tendencia internacional a la progresiva autonomía categorial del delito de blanqueo, cuyo objetivo es evitar que las dificultades de apuración de la autoría del crimen original contaminen la persecución penal relativa a los actos de encubrimiento de los bienes de él procedentes. Según esta crítica, la idea de identidad de los bienes jurídicos tutelados parece contraria a todo el movimiento político-criminal de autonomía del blanqueo verificado nos más diversos ámbitos (BOTTINI 2019).

Para finalizar, como *tercera crítica* – la cual, sin embargo, ser direccionada a la legislación brasileña se aplica perfectamente al ordenamiento jurídico español, que también tiene una ley de tercera generación –, BOTTINI (2019) explica que hay una quiebra de la proporcionalidad en la fijación de la misma punición para comportamientos humanos que menoscaban bienes jurídicos completamente distintos. Ello porque, al igual que en Brasil, en España, el delito de blanqueo se configura sea cual sea la actividad delictiva antecedente, la cual puede ser, por ejemplo, tanto una administración desleal cuanto un homicidio, cuyas sanciones son incomparablemente más grandes.

De esta forma, aunque haya muchas controversias sobre el tema del bien jurídico protegido por el tipo de blanqueo, se puede decir, en cuanto a esta postura doctrinaria, que nos es ampliamente asumida (CORDERO 2015).

3.2.2. La administración de la justicia

Hay, de igual modo, aquellos que defienden que el bien jurídico tutelado por el delito de blanqueo de capitales es la administración de la justicia, una vez que quien blanquea los bienes procedentes de un delito previo puede evitar su descubrimiento por parte de las autoridades estatales (CORDERO 2015).

En este sentido, cualquier aproximación al delito de blanqueo demuestra su proximidad con los delitos de encubrimiento, hoy clasificados entre los que afectan a la administración de justicia. Justo por ello, no es extraño que una tesis muy extendida, en ocasiones con apoyo legal, considere que este es el bien o uno de los bienes protegidos en el blanqueo (FERNÁNDEZ 2009).

En la doctrina brasileña, hay autores que sostienen que el blanqueo pone en riesgo no el bien jurídico menoscabado por el delito previo, sino la operacionalidad y la credibilidad del

sistema de justicia, por cuanto el empleo de transacciones complejas con el fin de alejar el producto de su origen delictivo acaba por obstruir su rastreo por las autoridades estatales (BOTTINI 2019).

Así que, desde un punto de vista dogmático, la propuesta confiere más autonomía entre el blanqueo y el crimen antecedente, aunque permanezca cierta conexión entre ambos, una vez que la razón de la tutela penal va a ser justamente garantizar los instrumentos para la apuración y juzgamiento de los delitos anteriores, bien como la recuperación de su producto. Del mismo modo, la idea de la administración de la justicia como bien jurídico tutelado hace posible superar la prohibición de concurso real/material de crímenes cuando el que blanquea es el mismo que llevó a cabo el delito antecedente (BOTTINI 2019).

Los que defienden que el bien jurídico tutelado es la administración de la justicia lo hacen argumentando que los mecanismos de ocultación y disimulación dificultan a persecución penal y obstaculizan tanto la punición de los autores del crimen antecedente, facilitando la impunidad, cuanto la recuperación de los valores que se obtuvo con la práctica delictiva, lo que hace posible el pacífico disfrute o provecho del crimen (BROETO 2021).

No se puede dejar de mencionar, sin embargo, la importante crítica que se hace a esta posición, relativa a la inexistencia del tipo subjetivo en los casos de blanqueo, segundo la cual el dolo en los crímenes que tienen como objeto de protección la administración de la justicia es justamente de dificultar el correcto funcionamiento de este sector, elemento, en regla, que no existe en los supuestos de blanqueo (BOTTINI 2019).

3.2.3. El orden económico

Llevándose en consideración la ubicación del tipo en el Código Penal español, podría decirse, sin dudas, que el bien jurídico tutelado por el blanqueo de capitales es el orden económico, por cuanto actualmente ubicado en el Título XIII, que trata de los Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, más específicamente en el Capítulo XIV.

En ese sentido, PRADO, haciendo un análisis de la topografía del tipo en el Código Penal español, explica que «en la actualidad, tanto doctrina como jurisprudencia consideran que, al

estar situado el delito de blanqueo de capitales dentro de los delitos contra el orden socio-económico, ha de entenderse que el bien jurídico se halla comprendido en ese ámbito (por todas, la STS 279/2013 de 6 de marzo)» (2014, p. 27).

AGUADO, de igual modo, señala que la ubicación del delito de blanqueo «dentro del título de los delitos contra el orden socioeconómico parece dar a entender que este es el bien jurídico que se protege de modo directo e inmediato» (2019, p. 1236). Referido autor explica todavía que los propios textos jurídicos internacionales son aún más expresivos en este sentido y cita como ejemplo:

> «el Preámbulo de la Convención de Naciones Unidas aprobada en Viena en Diciembre de 1988 se afirma que ‹los vínculos que existen entre el tráfico ilícito y otras actividades delictivas organizadas socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y soberanía de los Estados, y que los considerables rendimientos financieros que genera permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas, y la sociedad a todos sus niveles›.
>
> Y en los Preámbulos de las Directivas Comunitarias se destaca que la utilización de las entidades de crédito y de las instituciones financieras para el blanqueo del producto de actividades delictivas puede poner seriamente en peligro tanto la solidez y la estabilidad de la entidad o institución en cuestión como la credibilidad del sistema financiero en su conjunto, ocasionando con ello la pérdida de confianza del público» (AGUADO 2019, p. 1237).

Para finalizar, segundo AGUADO, el orden económico quedaría quebrantado por tres grandes motivos, a saber:

> «la consolidación de esas organizaciones delictivas y la ampliación de sus actividades ilícitas; la contaminación del sistema financiero legal por la presencia de ingentes flujos económicos que se originan al margen de aquél; la financiación ilegal de numerosas empresas y sociedades que actúan en el sector industrial y comercial, lo que supone una grave quiebra del normal funcionamiento del mercado comercial y financiero, pues el hecho de disponer de esas fuentes de ingresos les permite competir en situación ventajosa y perjudica notablemente al resto de los operadores económicos» (2019, p. 1237).

Sin embargo, como bien observan BERRUEZO y COPPOLA al comentar el orden económico como bien jurídico tutelado, se reconoce que con referencia a este no se ha determinado todavía el objeto de tutela, puesto que el orden socioeconómico no es susceptible de integrar un bien jurídico. Y ello porque constituye un concepto muy vago y complejo (2018).

Téngase en cuenta parte de la doctrina mundial tiene sostenido no existir cualquier afectación al orden económico apenas por el hecho de en él hacerse inserir «capital sucio». Ello porque, como señala FERNANDES:

> «las ventajas del llamado dinero negro residen exclusivamente en la liberalización de la carga que supone contribuir al gasto público a través del pago de los diferentes impuestos. Sin embargo, las desventajas son innumerables, en cuanto que en la mayor parte de las ocasiones el dinero negro tampoco puede ser correctamente controlado por su propietario, ya que tiene que estar invertido en operaciones anónimas, no identificables para el fisco y, en consecuencia, tampoco para las partes, o en operaciones financieras ubicadas en el exterior del propio país, y, en todo caso, sin la posesión de los instrumentos precisos para someter a las partes a las reglas del Derecho de obligaciones y contratos y, también en consecuencia, imposibilidad de exigir cumplimientos o de oponer facultades a través de los tribunales de Justicia con la utilidad de los registros de la propiedad y Mercantil» (2009, p. 13)

El mismo autor entiende todavía que no hay motivos para reprochar el blanqueo, lo cual es una actividad que debe ser incluso promocionada por los poderes públicos, una vez que coincide con el objetivo de la labor inspectora de todos los mecanismos de inspección económica de un país: la inspección de la Agencia tributaria, la inspección de trabajo, etcétera (FERNANDES 2009).

Para finalizar, en crítica al fundamento del orden económico como bien jurídico tutelado, CAVERO (2016) añade que no hay por qué tipificar como delito el lavado de activos, ya que, desde el punto de vista económico, el delito no es ofensivo para el sistema, que es neutral, por lo que su funcionamiento no cambia debido a los capitales en circulación, por el contrario, además de no causar daño, el delito resulta positivo para el sistema económico, ya que la incorporación de fondos ilícitos al mercado legal permite el control estatal sobre los mismos.

3.2.4. La pluriofensividad

Hay, para concluir, una última posición, la cual sostiene que no existe solo uno bien jurídico que debe ser tutelado por el delito de blanqueo, en la medida en la que él, por atentar a la vez contra varios bienes jurídicos, debe ser interpretado como un delito pluriofensivo. Defiende este posicionamiento el catedrático de la Universidad Internacional de La Rioja PERE SIMÓN CASTELLANO, para quien:

> «De un lado, se protege el correcto funcionamiento del sistema financiero. Piénsese que el principal efecto del procesamiento y reintegración de dinero negro se despliega sobre el mercado, cuyas distorsiones ponen en jaque el sistema de economía legal y la eficaz distribución de los recursos mediante los principios de libre mercado y libre competencia. No es de extrañar, entonces, que este delito se ubique sistemáticamente dentro de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico.
>
> Del otro, se protege y tutela la correcta Administración de Justicia, es decir, el interés general en la persecución de los delitos y el ius puniendi estatal, que se ve dificultado mediante las actuaciones de blanqueo de capitales» (PERE 2020, p. 270).

De hecho, este posicionamiento es el adoptado por un importante sector doctrinal en España, lo cual entiende que se está ante un delito pluriofensivo que menoscaba tanto el orden económico como la Administración de Justicia (CORDERO 2015). No obstante, dicho autor esclarece que hay distinciones en cuanto al bien jurídico directamente menoscabado, de modo que unos defienden que el blanqueo lesiona tanto el orden económico como la Administración de Justicia, aunque daño más importante recaiga sobre lo primero (CORDERO 2015).

Otros autores, a su vez, sostienen que el menoscabo del delito de blanqueo de capitales en la Administración de Justicia es lo más grande, sin bien que haya otros efectos perniciosos que se derivan de estos comportamientos para el orden socioeconómico. Por otra parte, hay quienes sostiene que están en plano de igualdad ambos bienes jurídicos. Así algunos autores entienden que el blanqueo es un delito pluriofensivo, que afecta al orden (CORDERO 2015).

Ante este escenario, en que cada uno adopta una postura distinta, hay que admitir que esa miscelánea de bienes jurídicos solo refuerza el hecho de que el blanqueo es un delito cuyo bien jurídico no fue identificado por el legislador, sino por él creado, en clara contradicción a la teoría del bien jurídico (BROETO 2021).

Por esta razón, no se puede negar la precisión de la crítica de SANTO (2018) cuando dice que al sostener una hipótesis excluyente de un bien jurídico tutelado, gran parte de la doctrina presenta consideraciones capaces de descartar todas las demás tesis defendidas por otros autores, lo que pone en evidencia que la búsqueda incesante de la legitimación del delito de blanqueo representa la cobardía de ceder a las aspiraciones populares y al populismo criminal.

3.3. El tipo objetivo del crimen de blanqueo de capitales en España

En cierto modo superada la cuestión relativa al bien jurídico resulta importante analizar el tipo objetivo del crimen de blanqueo de capitales en España, a fin de mejor comprender el objetivo que pretendió el legislador alcanzar con este injusto penal.

En el artículo 301 del Código Penal español se castiga la conducta de aquel que «adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes […] o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos».

Hay que subrayar que el legislador autoriza en la parte final del artículo el empleo de interpretación extensiva o analógica – que no se debe confundir con analogía – por cuanto enumera los verbos nucleares del tipo, a saber, «adquirir, poseer, utilizar, convertir o transmitir bienes», pero, al final, introduce la cláusula genérica «o realizar cualquier otro acto» […].[5] La redacción da margen a múltiples hipótesis de incriminación, de sobre todo porque, como anota SIMÓN (2020, p. 270), «no sólo se persigue y castiga el empleo, sino también la posesión o utilización de los bienes que tengan su origen en una actividad delictiva».

Sin embargo, SIMÓN (2020) aclara que la doctrina jurisprudencial hay exigido una cierta transformación, porque utilizar o poseer sin más conductas son actos neutros y, por ello, serían hechos atípicos. Según el autor, una «buena muestra de ello sería cuando se emplean bienes ilícitos en la propia actividad delictiva previa o en actos cotidianos» (SIMÓN 2020, p. 270). Sobre este punto, SIMÓN bien explica cómo tienen entendido los tribunales españoles, *in verbis*:

> «La jurisprudencia entiende así que hay que combinar la posesión con un criterio de ánimo tendencial objetivo de ocultar el origen de los bienes. Sobre este particular véase la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, núm. 992/2016, de 12 de enero (Rec. 1399/2016). El Tribunal Supremo ha resuelto también la polémica en torno a si el elemento funcional se refería a todas las conductas del tipo o sólo a las genéricas. Es decir, ha determinado si el inciso «para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las

[5] En cuanto a los términos «sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona» y «para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos», estos van a ser abordados en el próximo tópico, dedicado al análisis del tipo subjetivo.

> consecuencias legales de sus actos», puede predicarse para todas las conductas del tipo o sólo a las genéricas. Y la conclusión a la que llega el Tribunal Supremo es que la expresión se refiere a todos los comportamientos descritos en el tipo. Véase la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, núm. 265/2015, de 29 de abril (Rec. 10496/2014)» (SIMÓN 2020, p. 271).

No obstante las matizaciones doctrinales y jurisprudenciales, la fórmula elegida por el legislador al redactar el artículo 301 del CP es francamente criticable, porque consigue establecer en un solo precepto una maraña de verbos típicos diferentes entre sí y que no tienen una gran similitud. Además de eso, se integra en un único precepto algo que en los instrumentos internacionales y en el CP derogado se contenía en apartados diferenciados, cosa que genera problemas interpretativos de difícil solución (CORDERO 2015). Se suma a esto la anterior crítica, que pone de relieve la posibilidad de interpretación analógica, en la medida que hay el empleo de la expresión «o realice cualquier otro acto». Tan genérica es la prohibición que se puede tranquilamente decir que el artículo viola el principio da la legalidad estricta, sobre todo en su vertiente de la taxatividad.

De todos los modos, lo que importa es que, objetivamente, estos son los comportamientos prohibidos, los cuales, como se verá a continuación, han de ser llenados por el tipo subjetivo[6], que está relacionado a la conducta dolosa o imprudente.

3.4. El tipo subjetivo del crimen de blanqueo de capitales en España

El hecho típico no es constituido solo por elementos objetivos que solo exigen la producción de un resultado en el mundo fenoménico, sin dar cualquier importancia al autor de la conducta y a la voluntad de él. Ello porque, como señalan MUÑOZ y GARCIA (2007, p. 265) «la gran aportación de la teoría final de la acción consistió en demostrar que la acción u omisión subsumible en el tipo no es un simple proceso causal ciego, sino un proceso causal dirigido por la voluntad hacia un fin». Justamente por ello, prosiguen los autores:

> «el tipo de injusto tiene tanto una vertiente objetiva (el llamado tipo objetivo) como una subjetiva (el llamado tipo subjetivo). En la primera se incluyen todos aquellos elementos de naturaleza objetiva que caracterizan objetivamente el supuesto de hecho de la norma penal, o tipo penal (el sujeto activo, la conducta, las formas y medios

[6] Es verdad que, al adoptar la teoría de la imputación objetiva, en ciertos supuestos, siquiera va a ser necesario el análisis del tipo subjetivo, ya que se podrá solventar por medio solo del tipo objetivo. Sobre esta posibilidad, se dedicará tópico específico adelante, para donde se remite el lector.

> de la acción, el resultado, la relación de causalidad y los criterios para imputar objetivamente el resultado a la conducta, el objeto material, etc.). En la segunda, el contenido de la voluntad que rige la acción (fin, selección de medios y efectos concomitantes). Esta vertiente subjetiva es, a diferencia de la objetiva, mucho más difusa y difícil de probar, ya que refleja una tendencia o disposición subjetiva que se puede deducir, pero no observar» (MUÑOZ y GARCIA 2007, p. 265).

Aun en el tipo subjetivo se hace una distinción entre el dolo, comprendido básicamente como la conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito, y la imprudencia, consistente en un comportamiento violador del deber objetivo de cuidado. En los tipos imprudentes, lo esencial no es la simple causación de un resultado, sino la forma en que se realiza la acción, motivo por que la observancia del deber objetivo de cuidado, también llamada ‹diligencia debida›, constituye el punto de referencia obligado del tipo de injusto del delito imprudente (MUÑOZ y GARCIA 2007).

Una observación importante en lo que dice respeto a los conceptos generales del tipo subjetivo es que la realización imprudente de los elementos objetivos de un tipo de delito no se castiga siempre, justo porque «el principio de intervención mínima obliga a una doble restricción, seleccionando, por un lado, aquellos comportamientos imprudentes que afectan a bienes jurídicos fundamentales (vida, integridad física, salud) y castigando, por otro, de entre todos estos comportamientos sólo aquéllos que llegan a producir realmente un resultado lesivo para dichos bienes jurídicos» (MUÑOZ y GARCIA 2007, p. 282).

De esta manera, la regla es que los crímenes solo se castigan cuando cometidos dolosamente, mientras que el reproche por delitos imprudentes aparece como una expresa excepción legal, conclusión esta que se extrae del art. 12 del Código Penal español, lo cual dice que «las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley».

Hechas esas observaciones generales e introductorias acerca del tipo subjetivo, se pasa adelante a la exposición de las tesis que justifican la impunidad del abogado por recibimiento de honorarios dichos maculados, ya sea en el marco del tipo objetivo, tipo subjetivo o por fuerza de la causa de justificación.

4.La (im)punibilidad del abogado penalista que recibe honorarios provenientes del crimen.

Sobre la cuestión relacionada a la (im)punibilidad del abogado penalista que recibe los conocidos honorarios maculados, hay dos grandes sectores de la doctrina que establecen criterios para solventar el problema. Existe el grupo que busca resolver la cuestión en el marco del tipo objetivo, en el marco del tipo subjetivo y, para finalizar, en el ámbito de la justificación. En los tópicos trabajados a continuación se buscará mejor desarrollar las principales tesis y las soluciones propuestas.

4.1. Criterios relativos a la tipicidad objetiva

Parte de la doctrina entiende que la conducta del abogado penalista que recibe los conocidos «honorarios maculados» debe ser analizada en el tipo objetivo, sin necesidad de buscar saber si el letrado tenía o no conocimiento acerca del origen de los valores que recibió como contraprestación por sus servicios.

Este sector de la doctrina desarrolla el tema bajo algunas corrientes, que se pasa a exponer más detenidamente a seguir.

4.1.1. Teoría de la adecuación social

La adopción de la teoría de la adecuación social, desarrollada por HANS WELZEL, sin duda es una de las corrientes más señaladas cuando se trata de la cuestión de saber si práctica el crimen de blanqueo de capitales el abogado penalista que actúa en la defensa de un cliente y, como contraprestación por sus servicios, recibe su pago con dinero sucio.

Para el autor alemán, «lo injusto abarca las acciones que están al margen de los órdenes morales de la vida social activa (p. ej., el engaño en los órdenes del intercambio comercial leal). Por eso, se debe comprender también el carácter de lo injusto, siempre y solamente a través de una referencia a los órdenes morales de la vida social activa» (WELZEL 1956, p. 63).

De este modo, aquellas acciones que se mueven dentro del marco de los órdenes sociales nunca están comprendidas dentro de los tipos de delito, ni siquiera cuando se las pudiera subsumir en un tipo interpretado a la letra, una vez que son acciones socialmente adecuadas (WELZEL 1956).

Para mejor explicar su punto de vista, el autor trae el ejemplo del sobrino que, buscando una herencia de su tío, le persuade a viajar en un ferrocarril en la esperanza de que un accidente ocurra en el viaje y, con ello, su tío fallezca:

> «Una acción socialmente adecuada es también el consejo de hacer un viaje en ferrocarril. Por eso, el sobrino que persuade al tío, del cual espera heredar, de que haga viajes en tren, a fin de que alguna vez pierda la vida en un accidente ferroviario, no comete ya objetivamente ninguna acción antijurídica de adecuación típica, si el tío sufre, efectivamente, un accidente». (WELZEL 1956, p. 64).

Otro ejemplo empleado por el autor es lo de la mujer que induce a su marido, del cual quiere deshacerse, a que acepte un trabajo en una empresa peligrosa – como una cantera, por ejemplo – con el deseo de que él pierda su vida trabajando. Si el hombre es realmente muerto por un accidente inherente al servicio, no se puede imputar a su esposa un delito de homicidio, «porque la explotación reglamentaria de una cantera es socialmente adecuada» (WELZEL 1956, p. 64).

En ese contexto, CASTELLUCCI (2021) anota que el recibimiento de honorarios, aunque maculados, sería una conduta normal y aprobada por la colectividad, siempre que desarrollada dentro del marco normal del orden da vida. Ello porque, según o autor argentino, es una prestación común, de asesoramiento jurídico, conforme un papel social. Debido a ello, la aceptación de honorarios maculados no sería una conduta penalmente relevante cuando practicada dentro de los marcos de los deberes profesionales.

Una crítica que se hace a esta posición, sin embargo, es la imprecisión de las expresiones que se emplean para definir lo que viene a ser socialmente aceptable. En efecto, debido a la dificultad en definir lo que sea la vida comunitaria, marcos de libertad de acción o configuración histórica, la teoría de la adecuación social abre muchos espacios para la subjetividad del juzgador (COUTINHO y CARVALHO 2018).

En el mismo paso, RIOS (2010) explica que la mayor parte de la doctrina se posiciona contraria a la adopción de la teoría de la adecuación social, en la medida en que ella es incapaz de especificar cuál es el criterio para la delimitación del tipo, de modo que no suministra la seguridad necesaria para aplicar una definición precisa a respeto de lo que es socialmente adecuado, incluso porque ni todas las conductas socialmente inadecuadas reflejan como típicas, ni tampoco las socialmente adecuadas siempre serán consideradas atípicas.

Para finalizar, GRECO (2004) subraya que el propio creador de la teoría, HANS WELZEL, vaciló y cambió varias veces su posicionamiento, tanto en lo que dice respeto a la función del concepto de adecuación social, como problema de tipo o de antijuridicidad, como en lo que toca a su contenido, en cuanto verdadera causa de exclusión o como simple principio de interpretación. De este modo, la doctrina ampliamente mayoritaria rechaza dicha teoría, otorgándole, en el máximo, el estatus de principio de interpretación.

Necesario reconocer, por lo tanto, que la adecuación social, aunque tenga su relevante aporte doctrinario, actualmente no se presenta como un referencial válido y seguro para establecer el alcance del riesgo inherente a las conductas de colaboración con el agente principal, razón por la cual, sin desconsiderar su papel en la evolución del análisis sobre el tema, hay que echar manos de criterios más desarrollados que permiten solventar la problemática con más seguridad y más objetividad.

4.1.2. Teoría de la imputación objetiva: el actuar dentro de un «riesgo permitido» y la práctica de «conductas neutrales»

Cuando se trabaja con las categorías de teoría de la imputación objetiva, lo que se pretende es relegar el tipo subjetivo y la finalidad de la acción a una posición secundaria y recolocar el tipo objetivo en el centro de las atenciones. Este tipo objetivo no se agota en la simple causación de un resultado, pues es necesario algo a más para hacer de esta causación una causación objetivamente típica. Este algo a más es la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la realización de este riesgo en el resultado (GRECO 2007).

El derecho penal solo prohíbe conductas peligrosas, idea que es el propio fundamento político-criminal del criterio de la creación del riesgo en el centro de la teoría de la imputación objetiva, razón por la cual, para haber una prohibición en el derecho penal, hay que existir una acción peligrosa (GRECO 2007). Esta exigencia, para GRECO:

> «Tiene sus raíces más profundas en la finalidad misma del derecho penal, que es proteger los bienes jurídicos: prohibir las acciones no peligrosas es prohibir por prohibir, es limitar la libertad sin correlacionar el beneficio social. Sólo pueden ser prohibiciones legítimas las prohibiciones que generan algún beneficio social. Sólo pueden ser legítimas las prohibiciones que son aptas para proteger un bien jurídico. Aquí también vemos el contacto entre la creación de riesgo y el principio constitucional de proporcionalidad, específicamente con la idea de idoneidad – que toda limitación de la libertad debe ser idónea, es decir, capaz de alcanzar el fin deseado» (2007, p. 24).

Si uno de los criterios para analizar una conducta delictiva es saber si ella crea un riesgo prohibido a un determinado bien jurídico, resulta claro que la actuación del abogado penalista, la cual tiene no solo rango legal, sino constitucional, no puede ser considerada, objetivamente, una conducta típica de blanqueo, poco importando si él tiene o no consciencia del origen de los valores que se le han repasado como pago de honorarios.

Específicamente cuanto al abogado penalista, siquiera el Estado le impone el deber informar operaciones sospechosas, como bien explica MANZANO (2009, p. 179):

> «[…] la recepción de honorarios por los abogados - tanto por la asesoría como por la defensa en los procesos - no es considerada una conducta sobre la que se proyecten específicamente deberes de información preventivos e instrumentales del blanqueo de capitales, pues las directivas europeas sobre la cuestión no contemplan la actividad de defensa penal en el marco de las actividades que generan deberes de información, sino que, al contrario, la defensa y asesoramiento en el marco de un proceso es una conducta expresamente excluida de los deberes de información a los que se somete a los abogados, dada la preeminencia en este ámbito del secreto profesional y la necesidad de garantizar la confidencialidad de la relación entre el cliente y el abogado como elemento sustancial del derecho de defensa del imputado. Las actividades sospechosas sobre las que se proyectan los deberes de información e identificación son las que implican intermediación financiera».

Por lo tanto, como la profesión del abogado tiene rango constitucional y legal, siendo además una de las más antiguas y relevantes actividades en el mundo, no se puede sostener que el ejercicio adecuado de esta profesión pueda, siempre que observada la *lex artis*, ser considerado criminoso, justamente porque es una conducta permitida y promocionada en el seno de la sociedad.

Así que FERNÁNDEZ (2018), empleando la teoría de las conductas neutrales, sostiene que la actividad del abogado queda excluida del delito de blanqueo de capitales cuando constituye acción neutra', es decir, la correspondiente al rol social que se espera de él:

> «Constreñidos al abogado, su actuación se encuentra inmersa en el ejercicio de derechos fundamentales (derecho de defensa y secreto profesional) que priman o prevalecen sobre el deber de información que establece la normativa relativa al blanqueo. Ello es indiscutible en los casos de actuación en un procedimiento judicial. Y en lo relativo a su labor de asesoramiento hay que atender a los principios de imputación objetiva de modo que, mientras su actividad no cree un riesgo jurídicamente desaprobado (por encima de lo permitido), ha de considerarse acción neutral sin relevancia penal, por más que su asesoramiento fuera inconscientemente útil a los fines delictivos de blanqueo por parte del cliente. El cobro de honorarios, por tanto, en ambos casos, - actuaciones procedimentales o asesoramiento mediante una acción

> neutral -, ha de considerarse ajeno al delito de blanqueo de capitales» (BAJO FERNÁNDEZ 2018, p. 212).

De igual forma, racionando con base en la teoría de las conductas neutrales, MANZANO (2009) sostiene que constituye una conducta neutral y debe quedar fuera del tipo penal del delito de blanqueo de capitales el cobro de honorarios de origen delictivo. Así, no deben subsumirse en el tipo penal aquellas conductas que impliquen la contraprestación por la realización de servicios o la entrega de objetos, con la excepción de que existan razones para afirmar una relación especial de encubrimiento, ocultación o favorecimiento con las ganancias generadas con el delito previo.

La línea de racionamiento de MANZANO (2009) se basa en el argumento de que cuando el legislador regula un determinado sector de la actividad, el criterio determinante de la relevancia penal de la conducta será la desviación del estándar de conducta profesionalmente adecuado. De este modo, «se ha de partir de que si existe una regulación específica que establece reglas concretas sobre la actuación correcta cuando ciertas acciones se conectan con actividades delictivas, esta reglamentación sectorial específica determinará los límites penales del riesgo permitido» (MANZANO 2009, p. 181).

Con estas consideraciones, después de analizar el aspecto legal del derecho español en conjunto con las directivas europeas, la autora concluye que:

> «En relación con la conducta del cobro de honorarios se ha de señalar que la legislación de prevención del blanqueo de capitales no incorpora previsión alguna sobre la forma en la que debe producirse el cobro de honorarios por la actividad realizada, sea la asesoría o la defensa de los clientes acusados de la comisión de delitos a través de los cuales se hayan podido generar beneficios ilícitos. Por tanto, el caso debe examinarse de acuerdo con los criterios generales: esto es, deberá analizarse si puede hablarse de una especial relación de sentido delictivo entre el cobro de hablarse de una especial relación de sentido delictivo entre el cobro de honorarios y el delito previo por existir colusión o de deberes de garante. Por consiguiente, como en la mayoría de los casos no existirán deberes de garante de – impedir el delito – sólo en caso de colusión podrá entenderse que puede haber responsabilidad por blanqueo de capitales» (MANZANO 2009, p. 204-205).

Sobre la inexistencia de una posición de garante del abogado, RODA (2006) señala dicho profesional no desempeña una posición de garante, en la medida en que no tiene una función de velar por el mantenimiento del bien jurídico del orden económico que el delito de blanqueo de capitales vulnera, ni tiene tampoco una función de controlar una eventual fuente

de peligro, correspondiente a la posibilidad de que su cliente atente contra dicho orden económico. En consecuencia, la inexistencia de tal posición de garante determina el que la referida conducta omisiva por parte del abogado no pueda generar una responsabilidad penal por participación en el delito cometido por su cliente.

De hecho, si bien que los artículos 7.3, 18 y 21 de la Ley 10/2010 establezcan ciertas obligaciones de colaboración, el artículo 22 de la referida ley, al cuidar de la no sujeción, dispone que «los abogados no estarán sometidos a las obligaciones establecidas en los artículos 7.3, 18 y 21 con respecto a la información que reciban de uno de sus clientes u obtengan sobre él al determinar la posición jurídica en favor de su cliente o desempeñar su misión de defender a dicho cliente en procesos judiciales o en relación con ellos, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso, independientemente de si han recibido u obtenido dicha información antes, durante o después de tales procesos».

Esta línea de pensamiento bien se adecua a las proposiciones del funcionalismo sistémico de JAKOBS, basado por su vez en la teoría de los sistemas de NIKLAS LUHMANN, la cual parte de la idea de que las personas tienen cada una su rol en la sociedad, de modo que la imputación penal – y la función del Derecho penal – tiene más que ver con el cumplimiento de su rol – el llamado mantenimiento de las expectativas normativas – de que con la lesión a un bien jurídico.

En ese sentido, para la moderna teoría del comportamiento no permitido, como parte de la teoría de la imputación objetiva, no existen prohibiciones genéricas de lesión, así como no hay mandatos genéricos de salvación. Lo que existen son normas que siempre afectan a personas competentes, que son precisamente aquellas de cuyo rol forma parte el no lesionar (JAKOBS 2003). Por lo tanto, quien no hace nada que contradiga su rol (legal) tampoco defrauda una expectativa, sino que se conduce de modo socialmente adecuado, pensamiento que puede ser sintetizado de la siguiente forma:

> «quien lleva a cabo una conducta dentro del riesgo permitido permanece dentro de su rol; quien presta una contribución a quien actúa a riesgo propio, también; quien realiza una prestación estereotipada y no se adapta a los planes delictivos de otras personas no participa criminalmente en la ejecución de esos planes: existe una prohibición de regreso; e igualmente permanece en el rol del ciudadano fiel al derecho quien, por ejemplo, en el tránsito viario, confía en que los demás se conducirán a su vez de modo correcto: principio de confianza» (JAKOBS 2003, p. 44-46).

De esta forma, señala ZAFFARONI *et al*. (2006), al discurrir sobre la teoría de JAKOBS, que el poder punitivo garantizaría que cualquier resultado lesivo que se produzca sin violar las expectativas correspondientes al rol no sería imputable objetivamente a los agentes que lo dieron causa.

En la misma dirección, DIAS (2014) explica que el abogado que recibe honorarios emitiendo nota y/o recibo de la transición no incurre en ocultación o disimulación de los bienes, justamente porque se trata de una acción neutra, una actividad cotidiana que no guarda sentido delictivo con el delito de blanqueo. Así, solamente cabría hablarse en blanqueo si el abogado se desvía de su rol y pasa a hacer parte de la organización criminal, pues su conducta, en estos casos, dejaría de ser socialmente adecuada, y ya no sería neutra o inocua, desapareciendo en esas circunstancias la prohibición de regreso en su beneficio (BARRUEZO y COPPOLA 2018).

Dichos autores traen como ejemplos de quiebra de las expectativas sociales y, por consiguiente, de una conducta no adecuada al rol, los casos en los cuales:

> «como parte de su trabajo en una organización criminal para el lavado de activos o blanqueo de capitales, el abogado debe constituir empresas de papel para luego utilizarlas en el blanqueo de capitales, el profesional del derecho va a ser parte de la empresa criminal, en la que le corresponde un rol impropio de su profesión de abogado, y consecuentemente es procedente formular en su contra un juicio de imputación objetiva referido al lavado de activos» (BARRUEZO y COPPOLA 2018, p. 164).

De ahí se sostiene que si el abogado *i.* no tiene un deber de garantía para con el Estado frente al delito de blanqueo, *ii.* su actividad se ha desarrollado dentro del riesgo permitido y *iii.* la expectativa normativa no fue dañada por el simple ejercicio de la defensa penal, sino cumplida, no se habrá que hablar en blanqueo de capitales tan sólo por el cobro de honorarios, actitud que está perfectamente conformada al orden jurídico.

4.1.3. Teoría de la imputación objetiva: la reducción teleológica del tipo de blanqueo de capitales y la cuestión de los «honorarios fingidos»

Aun en el ámbito de la imputación objetiva, la doctrina y los tribunales suelen trabajar con el criterio de la reducción teleológica del tipo de blanqueo de capitales, lo que lo hacen en el marco del fin de protección de la norma.

En el marco de la imputación objetiva, ROXIN (2012) trabaja con aquellos casos en los cuales la infracción del riesgo permitido ha elevado de antemano claramente el peligro de un desarrollo tal como el que después se produce, peso a lo cual no debe tener lugar una imputación del resultado. Para explicar este criterio, se emplean dos ejemplos prácticos: en el primer, hay dos ciclistas que viajan en la oscuridad, uno detrás del otro, con bicicletas sin luz. Debido a la falta de iluminación en su bicicleta, el ciclista de adelante se choca con otro ciclista que viene en dirección contraria. El accidente hubiera podido ser evitado si tan solo el ciclista de atrás hubiera tenido luces en su bicicleta (ROXIN 2012).

En el segundo ejemplo, a su vez, un dentista extrae dos molares a una mujer que está bajo anestesia general, que viene a morir por un fallo cardíaco. Pese a que ella le había comunicado que sentía algo en el corazón, el dentista había omitido llamar a un internista, tal como lo exigía el deber de cuidado. Sin embargo, hay que se suponer que el examen del médico internista no hubiera descubierto el defecto cardíaco; no obstante, debido a la dilación provocada por el examen del internista la mujer hubiera muerto en todo caso más tarde (ROXIN 2012).

Al negar la imputación objetiva del resultado en estos casos, el penalista alemán advierte que en el primer ejemplo, el viaje prohibido con la bicicleta sin luz por parte del segundo ciclista había incrementado considerablemente el peligro de que el primer ciclista pudiera provocar un accidente. De igual forma, ya cuanto al segundo ejemplo, sostiene que era reconocible desde el principio que el no llamado de un internista por lo menos anticipó temporalmente los riesgos de la intervención odontológica (ROXIN 2012).

De todos modos, una imputación del resultado no tendría sentido, una vez que, en el ejemplo uno, la finalidad del mandato de poner luz a las bicicletas radica en la prevención de accidentes que pudieran ocurrir directamente con la propia bicicleta, pero no en iluminar otras bicicletas e impedir el choque de éstas con las de terceros. En el mismo sentido, Igualmente el deber de recurrir a un internista no sirve a la finalidad de retrasar la intervención y con ello prolongar la vida del paciente, aunque sea por poco tiempo. Por ello, no se ha realizado el peligro que quería evitar el precepto de cuidado que ha sido infringido, y por eso no precede una imputación del resultado» (ROXIN 2012, p. 108).

Del mismo modo, también allí donde el curso causal estuviera en una relación plenamente adecuada con el riesgo no permitido, aun así, se puede excluirse la imputación del resultado cuando el impedir estas consecuencias no fuera el fin de protección de la norma, sino solamente un reflejo de protección del deber de cuidado (ROXIN 2012).

Trayendo esta categoría dogmática al crimen de blanqueo, bajo un punto de vista restrictivo, si se analiza el tema apelando a reflexiones de carácter teleológico-normativas, la conducta del abogado como una prestación de servicios usuales socialmente o estándar no afecta el fin de protección de la norma, porque la aceptación de honorarios no representa la entrada de los bienes en la circulación económica legal (BARRUEZO y COPPOLA 2018).

Interesante puntuar que el problema del bien jurídico tiene grandes reflejos aquí, porque, dependiendo del bien que se tutela, una u otra argumentación pierde su sentido. Por ello, relevante son las lecciones de AMBOS (2007) cuando dice en todo caso, el poder de convicción de una reducción guiada por el interés legal depende decisivamente de la determinación del respectivo interés legal, lo que sumerge, como en el caso del blanqueo de capitales, en un mar de opiniones diferentes.

Pese este mar de opiniones diferentes acerca del bien jurídico tutelado por el delito de blanqueo de capitales, se entiende que esta indefinición debe ser restringida, «de modo que en defensa de esta interpretación restrictiva se aduce que se trata de proteger prioritariamente la Administración de Justicia, razón por la cual carecería de sentido político-criminal sancionar conductas no dirigidas a la ocultación o encubrimiento» (MANZANO 2009, p. 182).

Aun de acuerdo con la autora:

> «[…] se aduce a favor de esta interpretación lo dispuesto en la normativa comunitaria y nacional de prevención del blanqueo de capitales el art. 1.2 de la Ley 19/1993 y el art. 1 de la Directiva 91/308/CEE, de 10 de junio de 1991-, que vinculan todo tipo de actividades en ella reguladas con dichas finalidades, de tal modo que sin la concurrencia de estas finalidades las actividades por sí mismas carecen de relevancia en el marco del blanqueo de capitales» (MANZANO 2009, p. 182).

En efecto, la punición del blanqueo tiene por objeto *también* la disminución de la capacidad económico-financiera del criminoso, o sea, su aislamiento. De esta forma, al pagar un

abogado penalista para hacer su defensa penal en juicio, además de estar ejerciendo un sagrado derecho constitucional, el agente delictivo tiene su patrimonio disminuido, y no consolidado.

Por esta razón, se entiende que el cobro de honorarios no es punible cuando se limita a retribuir los servicios prestados, o sea, cuando constituye una legítima contraprestación por un servicio efectivamente prestado, y solo es punible cuando la adquisición a sabiendas compone un acto de encubrimiento o de favorecimiento real, de forma que deben quedarse al margen del tipo penal todos aquellos comportamientos que no contribuyen para la consolidación de una situación patrimonial ilícita del autor del delito previo (CORDERO 2015).

En la doctrina brasileña se defiende que, además de la barrera constitucional, los tipos penales previstos en la Ley de Blanqueo de Capitales descartan la posibilidad de considerar el cobro de honorarios como una forma de blanqueo de capitales, ya que aun cuando el abogado tenga conocimiento del origen viciado por las cantidades, la recepción de las cantidades no tiene por objeto ocultar o disimular tal origen. Es decir, dicha conducta nunca podrá ser considerada como participación en el blanqueo de capitales, ya que no existe coincidencia de objetivos. En este caso, el abogado solo pretende recibir el pago que le corresponde por la prestación del servicio y no dar una apariencia legítima a las ganancias de origen delictivo (MESQUITA 2021).

En realidad, pagar a un abogado con el dinero de un delito anterior es un acto mediante el cual parte de la capacidad económica obtenida de dicho delito se transforma en la prestación de servicios profesionales, de modo que, salvo las hipótesis de honorarios fingidos (kick back), no generan un efecto de ocultamiento del origen ni de la consolidación de esos bienes (LIMA 2020).

De hecho, el castigo del abogado que cobra sus honorarios en nada contribuye al sustento de la criminalidad que se pretende combatir, sino que el acto de retribuir económicamente a la defensa supone más una carga para el imputado que un incentivo que pueda moverle a cometer el delito: normalmente se cometen delitos lucrativos porque el autor quiere obtener algún tipo de rendimiento con las ganancias de su conducta, no para verse implicado en un proceso penal y poder pagar un abogado (BARRUEZO y COPPOLA 2018).

Con idéntica *ratio* a los autores sudamericanos, MANZANO (2009) bien destaca que el pago de honorarios profesionales por la defensa en juicio no es el medio más habitual, tampoco eficaz para dar cobertura jurídica a la recepción o entrega de dinero o bienes de origen delictivo para ocultar su ilícita procedencia, de la misma forma que la aceptación de honorarios por servicios efectivamente prestados no implica en ninguna infiltración ilegal en el círculo económico legal (AMBOS 2007).

Bajo esta perspectiva, en Alemania, este posicionamiento fue el punto central utilizado por el OLG de Hamburg[7] al entender que la punibilidad de la aceptación de honorarios interviene en la libertad de profesión del abogado (art. 12, I, da GG) y que es derecho del acusado elegir un letrado de su confianza (§137 do StPO).[8] Así, según señala AMBOS (2007), en los casos de pago de honorarios sin la tendencia interna de beneficiar al autor o perjudicar a la víctima, estas intervenciones penales no se muestran ni como necesarias, ni como proporcionales, de modo que el tipo debe quedar restringido.

Al discurrir sobre el tema, BARTON (1993), citado por BROND (2018, p. 182), afirma:

> «[…] que el bien jurídico tutelado por el § 261, párr. 2º del StGB, es la seguridad interior (de la República Federal de Alemania y de otros países) que promueva la paz jurídica. El fin querido por el legislador en esta parte del precepto es prevenir los peligros de la infiltración del crimen organizado en la sociedad. Se apunta a la prevención frente al peligro de futuros hechos punibles en razón del crecimiento de estructuras mafiosas. Se intenta aislar a los delincuentes del entorno en sentido económico. Sin embargo, el aislamiento tiene su límite, cuando se trata de la satisfacción de necesidades humanas elementales y sociales. Por ello, estas acciones de antemano no están abarcadas por el tipo penal».

Aun de acuerdo con BARTON (1993), citado por BROND (2018, p. 182):

> «[…] el ciudadano tiene permitido confiar en que le puede dar información de contenido auto incriminatorio a ciertos profesionales, sin temer que estos datos salgan del conocimiento del profesional. El derecho vigente contiene entonces, en eso, una ponderación institucionalizada de bienes entre el interés estatal en investigar y el interés privado en con fiar. Este interés del ciudadano, reconocido y digno de protección estaría afectados una declaración veraz del cliente frente a su defensor condujera a que éste no pueda recibir sus honorarios. No se puede sostener seriamente que la seguridad interior esté amenazada si un defensor de confianza cobra sus honorarios con

[7] NStZ 2000, 311 y siguientes; StV 2000, 140 e siguientes.
[8] NSTZ 2000, 315 y siguientes.

> dinero manchado. Pues, la seguridad interior requiere de la paz jurídica y de las garantías procesales del Estado de Derecho, entre las cuales se encuentra la defensa enjuicio».

LUDERSSEN (2007), citado por BROND (2018), a su vez, desarrollo la solución de la derogación o *derogationslosung*, según la cual el tipo penal de blanqueo de capitales previsto en el §261, párr. 2.º del StGB, estaría derogado por el §137 del StPO, lo cual reconoce el derecho de todo imputado a servirse de un abogado de su confianza. El argumento tiene su base en el hecho de que el número de casos en los cuales al defensa de confianza estaría impedida y coartada mediante las investigaciones debido a la punibilidad del defensor conforme al §261 StGB es enorme de modo que incluso el §137 de StPO quedaría fuera de funcionamiento. Por lo tanto, «debido a la dimensión constitucional que tiene la defensa de confianza, LUDERSSEN propone decidir a favor de la prevalencia del §137 del StPO, con lo cual este precepto deroga un ámbito parcial del §261 del StGB, y no se aplica al defensor ni a sus honorarios» (BROND 2018, p. 182).

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, hay que concluir que el simple cobro de honorarios por un servicio efectivamente prestado no está abarcada por el fin de protección de la norma, razón por la cual ya en el marco del tipo deberían quedar excluidas estas conductas, las cuales no constituyen de blanqueo, justo porque ese desplazamiento patrimonial por parte del imputado seria la contraprestación por servicios prestados, esto es, un verdadero acto de consumo (CAPARRÓS 2003, citado por CORDERO 2015).

Para finalizar el presente tópico, es esencial subrayar que la actuación del abogado penalista solo estará adecuada a su rol y, por lo tanto, fuera del fin de protección de la norma si no hubiere sentido delictivo, actos de disimulación o encubrimiento, esto es, en el caso del cobro de honorario propio. Si fuera el caso de honorarios impropios o fingidos, ahí sí habrá crimen, porque la actuación del letrado, además de reprochable por alejarse de los estándares profesionales, tendrá un sentido delictivo de ocultación o disimulación, estando, por ello, abarcado en el fin de protección de la norma:

> «En este contexto, que la minuta de un abogado refleje unos honorarios muy superiores a los habituales puede significar que el abogado ha acoplado su conducta al plan del autor, esto es, que colabora haciendo figurar como propios fondos que son de quien se los entrega, de tal modo que el cobro de honorarios es total o parcialmente ficticio: es la vía de «lavado» o de «blanqueo», de formal legalización en defi-

> nitiva, de los capitales de origen ilícito. Por tanto, sólo en un sentido impropio decimos que el cobro de honorarios ha dejado de ser conducta neutral, porque en realidad ya no se trata del mero cobro de honorarios, sino de un hecho del que el cobro de honorarios es tan sólo un elemento de su configuración y desde luego no el penalmente más relevante. En estos casos se dará colusión en sentido estricto pues la acción realizada pretende ocultar el origen ilícito de los bienes para de esta forma consolidar la capacidad económica del delincuente y que pueda disponer de ella en el futuro; por tanto, no hay dudas de que en estos casos es posible sancionar al abogado por blanqueo de capitales» (MANZANO 2009, p. 205).

De esta manera, el abogado debe responder cuando se aparta de su rol, lo que ocurre cuando él pasa a formar parte de una organización criminal, por ejemplo, recibiendo dinero como pago de supuestos honorarios, con el compromiso de restituirlo al cliente, quedándose con un porcentaje por el trabajo sucio (BROND 2018). Es que, en estos casos, el abogado se aleja de su papel de abogado y pasa a desempeñar un rol impropio de su profesión, hipótesis en la que es procedente formular en su contra un juicio de imputación objetiva referido al lavado de activos (BARRUEZO y COPPOLA 2018).

Para concluir, se subraya que el alejamiento del rol profesional, también en Alemania, es causa de punición, en la medida en que el Senado deja impunes los casos en que el defensor abusa de la relación resultante del mandato para ocultar – en forma de cómplice – sus bienes ilícitos en el sentido del § 261, (acción conjunta en connivencia) o en los casos en que el acto antecedente se condujo contra la víctima y esta hizo valer sus pretensiones de indemnización por los daños (AMBOS 2007).

4.1.4. Teoría de la tipicidad conglobante de Eugenio Raúl Zaffaroni

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, catedrático de la UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES y un penalista muy reconocido en Latinoamérica, desarrolló una teoría que busca explicar la tipicidad penal de una conducta de forma conglobada, es decir, en armonía con todo el ordenamiento jurídico. El autor comparte la tipicidad en dos grupos: la tipicidad legal y la tipicidad penal. La primera sería una simple adecuación de un comportamiento cualquiera a una norma penal (antinormatividad), en cuanto que la segunda, que es un criterio reductor de la primera, sería la contradicción de este comportamiento con el ordenamiento jurídico en su totalidad, entendido de forma conglobada (antijuridicidad).

Para ZAFFARONI (2006), no es racional la prohibición de una acción que otra norma ordena o fomenta, razón por la cual:

> «La consideración conglobada de la norma que se deduce del tipo limita su alcance en función de las otras normas del universo u orden normativo del que forma parte, excluyendo la lesividad cuando: (a) no haya afectación del bien jurídico o ésta no sea significativa; (b) la exteriorización de la conducta del agente encuadre objetivamente en lo que tenía el deber jurídico de hacer en esa circunstancia; (c) la exteriorización de la conducta del agente encuadre objetivamente en el modelo de acciones que el derecho fomenta; (d) medie consentimiento o una asunción del riesgo por parte del sujeto pasivo; o (e) el resultado no exceda el marco de la realización de un riesgo no prohibido» (ZAFFARONI 2006, p. 371).

En efecto, una rama del derecho no puede castigar lo que otra permite, autoriza e incluso fomenta convertiría el ordenamiento jurídico en un verdadero desorden. Las normas jurídicas no viven aisladas, sino entrelazadas, de forma que unas limitan las otras, pero que no pueden ignorarse mutuamente. Dicho de otro modo, un orden normativo no es un caos de normas prohibitivas amontonadas en grandes cantidades, no es un depósito de prohibiciones arbitrarias, sino un orden de prohibiciones, un orden de normas, un conjunto de normas que mantienen un cierto orden entre sí, que se viene dado por su significado general: su objetivo final, que es evitar la guerra civil, la guerra de todos contra todos (ZAFFARONI y PIERANGELI 2020).

En ese sentido, es justamente este orden mínimo – que las normas deben mantener entre sí – que impide que una norma prohíba lo que las otras ordenan, así como impide que una norma prohíba lo que la otra fomenta, bajo la lógica más elemental según la cual el tipo no puede prohibir lo que la ley ordena y lo que anima.

Teniendo esto en cuenta, los autores argumentan que la tipicidad conglobante es una especie de correctivo de la tipicidad legal, en la medida en la cual puede excluir del ámbito típico aquellas conductas que solo están prohibidas aparentemente, como ocurre en el ejemplo del oficial de justicia, que se encaja en el tipo legal de hurto, pero no es alcanzado por la prohibición del no hurtaras. De esa forma, el juicio de tipicidad penal tiene por objetivo reducir la tipicidad a la verdadera dimensión de aquello que la norma efectivamente prohíbe, dejando de fuera de la tipicidad penal aquellas conductas que solamente son alcanzadas por la tipicidad legal, pero que el orden jurídico no quiere prohibir, precisamente porque las ordena o las fomenta (ZAFFARONI y PIERANGELI 2020).

Con base en dicha teoría, la cual apenas complementa lo que ya se expuse, se concluye que no habría ningún sentido o racionalidad en la punición de la conducta del abogado penalista por el legítimo cobro de honorarios por los servicios efectivamente prestados, una vez que: *i.* al actuar en la defensa de un acusado, su conduta, llevada a cabo en el marco del riesgo permitido y de acuerdo con los estándares profesionales, no afecta el bien jurídico tutelado por el delito de blanqueo de capitales o no está abarcada por el fin de protección de la norma; *ii.* al actuar en la defensa de un acusado, la exteriorización de su conducta se encuadra objetivamente en lo que tenía el deber jurídico de hacer en esa circunstancia, esto es, defender a la persona sometida al proceso penal; *iii.* al actuar en la defensa de un acusado, la exteriorización de la conducta del abogado se encuadra objetivamente en el modelo de acciones que el derecho fomenta; para finalizar, *iv.* al actuar en la defensa de un acusado, el resultado de su conducta no excede el marco de la realización de un riesgo no prohibido.

4.1.5. Teoría de la imputación objetiva y conductas neutrales: el aporte del criterio de idoneidad desarrollado por Luís Greco

Todavía en el ámbito de la imputación objetiva, se destaca el relevante aporte teórico desarrollado por el brasileño radicado en Alemania, LUÍS GRECO, alumno del mundialmente conocido penalista alemán CLAUS ROXIN. En su obra, GRECO trabaja con la cuestión de la complicidad a través de las acciones neutrales, haciendo un análisis de la imputación objetiva en la participación.

Hay que subrayar inicialmente que GRECO (2004) es adepto de la corriente funcionalista del Derecho Penal y, con base en la doctrina de su maestro ROXIN, parte de la idea de que todo y cada concepto de la teoría del delito tiene que cumplir una determinada función de política-criminal, de modo que un concepto, al ser construido, tiene que mejor atender a esta función.

Un concepto inicial sobre las acciones neutrales o cotidianas desenvuelto por el autor es: neutrales serán aquellas contribuciones a un hecho ilícito ajeno que, a la primera mirada, parezcan normales, es decir, todo lo que, en un primer contacto, superficial, es cierto, parece irrelevante al derecho penal, tiene un aspecto inocente, inofensivo, está dotado de esa aura angelical de lo socialmente adecuado, todo ello será una acción neutra (GRECO 2007).

GRECO (2007) propone, como punto de arranque, el concepto según lo cual acciones neutrales serían todas las contribuciones al acto ilícito de otra persona que no son manifiestamente punibles para, posteriormente, buscar establecer bajo cuáles presupuestos se puede dejar de declarar como típicas (o antijurídica; o culpables) aquellas acciones no manifiestamente punibles.

En el desarrollo de su teoría, GRECO (2007) plantea, con relativo consenso de la doctrina, que la cuestión cuanto a la punibilidad o no de las acciones neutrales se resuelve por medio de la teoría del tipo. Sin embargo, como la teoría del tipo es compuesta por el tipo objetivo y el tipo subjetivo, el autor entiende que la cuestión hay que resolverse en el marco del tipo objetivo, porque, a partir del momento que se traslada la resolución al tipo subjetivo, se corre el riesgo de emplear un derecho penal del ánimo.

En efecto, el derecho penal no puede depender de la disposición anímica del agente, de sus preferencias o sus gustos personales, sino de factores exteriores, objetivamente justificables, que sean capaces de apuntar si la conducta que él practicó fue capaz de superar los límites de su ámbito de libertad. Con estas consideraciones sobre los problemas inherentes al subjetivo, el autor afirma que el problema de las acciones neutrales o cotidianas son un problema de tipo objetivo, que es lo que tiene como función fijar los límites externos del prohibido y el permitido (GRECO 2004).

Establecido que el problema hay que resolverse en el tipo objetivo, GRECO camina hacia el segundo punto de su teoría, en el cual busca contestar a la siguiente cuestión: ¿hay creación de riesgo?

Para responder a la interrogante, el autor aborda los siguientes elementos: acción, nexo de causalidad, resultado e imputación objetiva. Para él, es claro que los tres primeros de estos elementos están presentes en todos los casos de acciones neutras, una vez que en ellas siempre hay una acción (entregar el hacha, brindar asesoría legal, llevar a la demandante en un taxi, vender la medicina abortiva), hay un resultado (la comisión del hecho principal), y un nexo de causalidad entre ambos. De este modo, el problema, por tanto, radica en la atribución objetiva (GRECO 2004).

Fijado que el problema de la creación de un riesgo está relacionado con la imputación objetiva, GRECO (2004) añade que, para que una acción pueda ser considerada típica, i. esta

acción hay que crear un riesgo; ii. este riesgo debe ser desaprobado; y iii. este riesgo jurídicamente desaprobado debe realizarse en el resultado.

Cuanto a la creación del riesgo, basado en la idea de la prognosis póstuma-objetiva, GRECO (2004) sostiene que en los casos de acciones neutrales hay siempre la creación del riesgo, pues el hombre prudente, con conocimientos especiales del autor, hablaría en la posibilidad de daño.

Pese el problema que se puede derivar de las expresiones hombre prudente y conocimientos especiales, presentes en la categoría ¿hay creación de riesgo?, el autor advierte que el ámbito donde se va a discutir con más detalles la cuestión es en la categoría ¿el riesgo creado es jurídicamente desaprobado? Es que, en cuanto la creación de un riesgo se verifica con base en la *prognosis póstuma-objetiva*, la valoración de si este riesgo está legalmente desaprobado o no presupone un equilibrio entre el interés general de la libertad, en el sentido de que se permite la práctica de una determinada clase de acciones peligrosas, y el interés de proteger los bienes jurídicos, en el sentido de que las acciones peligrosas deban ser prohibidas Es importante subrayar, además, que dicha valoración evidentemente no puede ser hecha de la cabeza del juez, sino que a través de los criterios desarrollados a lo largo de las últimas décadas, tales como la violación de normas técnicas, el principio de la confianza, la figura del hombre prudente, etcétera (GRECO 2004).

En este contexto, lo que se busca es delimitar si esta acción peligrosa, arriesgada, es aun así permitida, en nombre del interés general de libertad, o si el derecho considera este riesgo desaprobado, que merezca ser prohibido, en nombre del interés de protección de bienes jurídicos, hasta porque lo que interesa es saber si los comportamientos son o no prohibidos y cuando se está delante de un riesgo que sea desaprobado, que torna, por consecuencia, el comportamiento prohibido.

Teniendo en cuenta que el tercer criterio, la realización del riesgo jurídicamente desaprobado en el resultado, está relacionado con el desvalor del resultado, y no en el desvalor de la acción, (GRECO 2007) afirma que el problema de la prohibición de las acciones neutrales está ubicado en el marco del riesgo creado jurídicamente desaprobado, de modo que reformula su cuestión inicial sobre las acciones neutrales, la cual pasa a disponer de la siguiente

estructura: ¿bajo qué presupuestos se puede declarar permitido el riesgo creado por la acción no manifiestamente ilícita que contribuye para un hecho injusto ajeno?

Hechas estas consideraciones, necesarias para avanzar en la teoría desarrollada por GRECO, lo más importante ahora es contestar a la pregunta principal del autor, cuya respuesta será dada por el principio de la idoneidad, a saber: ¿es justificable restringir la punibilidad en los supuestos de acciones neutrales?

Antes de exponer su posición para la pregunta, GRECO hace referencia a la teoría de AMBOS, que, en su opinión, es uno de los pocos que intentaran fundamentar la impunibilidad de las acciones neutrales, aunque lo tenga hecho de forma sintetizada. Para AMBOS, explica GRECO (2004), en cuanto el riesgo permitido en general se fundamenta en una simple ponderación de intereses entre el interés genérico de libertad y lo de protección de bienes jurídicos, aquel que ejerce su profesión tiene en su favor un derecho fundamental a más: el derecho fundamental al trabajo, razón por la cual habría dos derechos fundamentales en favor del agente, cuales sean, la libertad general de acción y el trabajo.

De igual manera, GRECO (2004) expone la teoría de los roles sociales, desarrollada por JAKOBS, la cual también la rechaza, tal como lo hace con la teoría de la solarización, de SCHUMANN, y con la teoría de la inidoneidad para la protección del bien jurídico concreto, de FRISCH.

Después de rechazar las teorías anteriores, GRECO plantea la solución de la impunibilidad de las acciones neutrales o cotidianas con base en el criterio de idoneidad, lo cual extrae del principio de la proporcionalidad, cuyo origen es el Derecho Constitucional, y según lo cual solo será legítimo limitar la libertad de los ciudadanos caso estas medidas limitadoras satisfagan tres requisitos, a saber: *i.* que sean idóneas, adecuadas, para alcanzar el fin deseado, esto es, que el fin pueda ser atingido a través de ellas; *ii.* que sean necesarias, es decir, que no haya medida de menos gravedad que sea suficiente para alcanzar el fin buscado; y *iii.* proporcionalidad en sentido estricto, o sea, que en una ponderación de interés, no se esté limitando la libertad excesivamente.

No obstante reconocer las fragilidades del principio de proporcionalidad, GRECO explica que se puede en los casos de las acciones neutrales emplear dicho principio, a fin de que se pueda declarar que una prohibición solamente va a ser proporcional si ella mostrarse idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto.

Con estas aclaraciones introductorias, GRECO arranca para la parte central de su argumento para decir que para una prohibición ser legítima tiene que ser idónea. Para responder a la cuestión si una tal prohibición es idónea, el autor trabaja con el relevante concepto de ubicuidad y trae unos importantes ejemplos de esta ubicuidad de la acción.

A fin de hacer comprensible la exposición, téngase en cuenta los casos prácticos trabajador por el autor: Caso 2: Y quiere matar a su esposa. Va a la ferretería de Z, le cuenta sus planes y compra un hacha. Esa misma noche, Y parte el cráneo de su esposa con un hacha. Las variantes del caso 2 son: *a)* Z duda de que Y hable en serio. Al principio duda, pero ante la insistencia de Y, termina vendiéndole el hacha, diciéndose a sí mismo "Apuesto a que no pasará nada, pero si pasa, paciencia, no es mi problema"; *b)* Y entra en la tienda de Z y pide un hacha, sin decir nada sobre sus planes de matar a su propia esposa. Sin embargo, Z está asombrado con la apariencia sospechosa de Y, y hace conjeturas sobre si pudiera no estar adquiriendo el hacha para matar a alguien. Finalmente, Z se dice a sí mismo "Apuesto a que no pasará nada, pero si pasa, ten paciencia, no es mi problema", y vende la herramienta; *c)* frente a la ferretería de Z, se está produciendo una pelea. Y entra, sucio, arrugado y resoplando, pide un hacha, a lo que Z responde prontamente, quien se dice a sí mismo: "no es mi problema". Media hora después, la calle parece más una carnicería, con trozos de carne de al menos cinco víctimas esparcidos por todas partes (GRECO 2004).

El caso 4, a su vez, tiene las siguientes informaciones: B, el amigo de A, decide seguir su ejemplo y matar a su esposa, porque sólo así se librará del gran problema de su vida. Pero como no puede ver la sangre, elige un medio más higiénico: el veneno. Va a la panadería de su amigo C y, tras desahogarse con él en el que le revela lo que tiene en mente, compra un panecillo. En la cena, la última cena que preparó, B le sirve a su esposa un delicioso pan con crema de hierbas. Esta última pasa la noche en el baño, cuando B, por la mañana, la encuentra tendida en el pasillo, con los ojos desviados y la lengua torcida, ya superada para mejor. Variante: C, movido por la historia de B, le aconseja que no compre pan blanco, sino pan integral, con avena y otras sustancias amadas sobre todo por caballos y culturistas, con tan mal sabor que será más fácil envenenarlo sin que el la víctima lo percibe.

Con las informaciones de los casos 2 y 4, GRECO sostiene que:

> «Las aportaciones neutras, precisamente porque no son manifiestamente ilegales, suelen ser ubicuas y pueden obtenerse en cualquier lugar, sin mayores dificultades, lo que puede hacer bastante inútil la prohibición de realizar una de estas aportaciones. Veamos, por ejemplo, nuestro caso 2: en principio, hay ferreterías por todas partes. ¿De qué serviría prohibir a nuestro vendedor que vendiera el hacha al futuro autor, si éste pudiera comprársela en la esquina de al lado, a un vendedor menos ilustrado? Asimismo, hay panaderías por todas partes. Limitar la libertad de nuestro panadero, en el caso 4, no tiene la menor idoneidad para proteger la vida de la víctima, ya que el autor, habiendo decidido ya, en todo caso, cometer el hecho, caminando otros cien metros podrá comprar otro pan. La falta de idoneidad de la prohibición para proteger el bien jurídico se revela así como un punto de vista desde el cual se puede esperar alguna contribución a la solución de nuestros problemas (2004, p. 138-139)».

Afuera la cuestión de la idoneidad (primer componente), GRECO (2004), de forma bien sucinta, cuanto a la necesidad (segundo componente), explica nada hay de específico en las condutas neutrales que haga su prohibición algo problemático a la luz del principio de la necesidad, una vez que no parece posible negar la necesidad de castigar estas acciones neutrales sin negar la necesidad de castigar la participación en general.

En lo que dice respeto al tercer componente, también de modo bien resumido, dicho autor entiende que la proporcionalidad en sentido estricto poco puede ayudar, una vez su contenido es la ponderación entre el interés de libertad, de un lado, y el interés de protección de bienes jurídicos, de otro. Así, difícilmente ella podrá traer más del que la imprecisa técnica de ponderación. Además, en los casos de acciones neutrales, en regla, no se podrá negar la proporcionalidad en sentido estricto en la punición de las acciones neutrales, por cuanto el interés en la práctica de dicha acción (vender un hacha, conducir un taxi, etcétera) en general es bien más pequeño que el interés que se tutela del otro lado, a saber, la vida de la víctima (GRECO 2004).

De esta forma, sostiene GRECO (2004) que las acciones neutrales, justamente porque son neutrales, hacen, ciertas veces, inidónea la prohibición, razón por la cual el principio de la idoneidad es la clave para solventar – al menos en parte – el problema. Así, la idea principal para saber si una acción neutral debe o no ser prohibida está en la respuesta a la siguiente interrogante: ¿la no-práctica de la acción prohibida va a servir de medio para alcanzarse determinado fin, que es la protección concreta del bien jurídico tutelado por la norma?

Dicho de otro modo, lo que la teoría propone es saber si la abstención de la conducta mejora, de alguna manera, la situación del bien jurídico. Aquí es importante tener en mente que la *mejora* de la situación del bien jurídico no se confunde con la *modificación*, ello porque la modificación no necesariamente va a ocasionar una mejora.

En ese sentido, puede ser que haya diez panaderías en una calle de cien metros, si el panadero del caso 4 recusarse a vender el pan, el hecho principal será, en tesis, modificado, porque va a ser un homicidio con otro pan, pero no mejorado, en la medida que bastaría al agente del crimen caminar más un poquito hasta la próxima panadería. Mejorar, en efecto, presupone una mejora relevante: menos do que salvar, pero más que solo modificar (GRECO 2004).

En ese escenario, hay que llevarse en consideración la ubiquidad de la acción, es decir, lo cuan común y accesible ella es. Así, «cuanto más ubicuo sea el aporte, más fácil será obtener un sustituto no iniciado que se proponga realizarlo, menos idónea será la prohibición para mejorar la situación del bien jurídico. Por otra parte, cuanto más difícil sea obtener el aporte en otro lugar o sin despertar la desconfianza de un tercero, más adecuada será la prohibición para proteger el bien jurídico» (GRECO 2004, p. 142).

Pese el autor reconocer que el criterio es, de alguna manera, impreciso, él subraya que su grado de imprecisión no es más grande del que el de otros conceptos ya consagrados de la teoría del crimen y tiene un especial paralelo, por ejemplo, con la idea de que el riesgo creado deba ser jurídicamente relevante. Así que, para GRECO (2004 p. 142-143), «la exigencia de la idoneidad de la prohibición significa que solo habrá riesgo jurídicamente desaprobado si la abstención de la acción prohibida representar una mejora relevante en la situación del bien jurídico concreto».

No obstante la posible crítica, GRECO (2004) hace los paralelos necesarios para comprobar su pertinencia y su potencial para solventar las controversias en los casos de las acciones neutrales. En los casos de autoría, el autor demuestra la incidencia de la idoneidad en dos situaciones muy evidentes: la *no punición de la tentativa inidónea*, esto es, de aquella acción que no tenía como consumarse: disparar en un cadáver para *matarlo* o poner azúcar en el café creyendo ser veneno. El otro ejemplo es en los supuestos de *comportamientos alternativos conforme al derecho*. Aquí, si quedarse comprobado que ni siquiera el comportamiento

conforme al derecho sería capaz de producir una mejora relevante al bien jurídico, nadie niega la imposibilidad de imputarse el resultado al autor.

En los supuestos de instigación, explica la incidencia de la idoneidad haciendo referencia al caso del conocido *omnímodo facturus*, según el cual nadie puede instar a alguien que ya esté decidido a hacer algo. Por ello, «también en la instigación el campo de aplicación del principio de la idoneidad es restricto por razones estructurales» (GRECO 2004, p. 145).

Con estas consideraciones, el autor propone la aplicación del principio de la idoneidad como medio reductor de la imputación en los casos de las acciones neutrales cuando la conducta del tercero sea tan oblicua, común, disponible, que la prohibición no causa ninguna mejora relevante al bien jurídico tutelado, ya que el autor puede perfectamente caminar un poco más adelante y conseguirla con otra persona.

El fundamento de la teoría, por lo tanto, puede ser resumido en la siguiente proposición: si la ejecución puede obtenerse ubicuamente, sin mayores dificultades, sin que sea necesario aclarar nada sobre los planes del autor, la norma penal está, de antemano, condenada al fracaso, porque solo puede actuar sobre la motivación de quien tuvo conocimiento de los planes del autor; todos los demás aún pueden proporcionar la misma contribución al autor, ya que estos otros no crean, *ex ante*, ningún riesgo para el bien jurídico tutelado por la norma penal (GRECO 2004).

Trayendo estas directrices desarrolladas por GRECO al tema de este trabajo, se puede concluir que, según esa teoría, el problema del abogado se resolvería ya en el marco del tipo objetivo, sin necesidad alguna de investigación acerca de su intención. Ello porque prohibir la actuación del letrado solo porque él puede eventualmente tener ciencia de que los honorarios son provenientes de crimen en nada mejora la protección del (confuso, incierto y problemático) bien jurídico tutelado por el delito de blanqueo de capitales, sobre todo si llevarse en consideración el hecho de que, caso el letrado se recuse a la defensa de la causa por saber del origen del dinero, la persona que le buscó puede caminar más un poquito hacia otro despacho y contratar un profesional que siquiera lo conoce y que, por lo tanto, no tiene conocimiento algún sobre donde proviene los activos con los cuales sus servicios serán pagados.

En este caso, como la prestación de los servicios de abogacía puede ser conseguida sin grandes dificultades – ya que es una profesión regulada, incluso con rango constitucional –,

sin que sea necesario aclarar los planes del autor, cualquier prohibición sería completamente inidónea a la protección del bien jurídico, además de contraria a los derechos de defensa y de libre ejercicio de una profesión.

De esta forma, teniendo en cuenta fracaso de la prohibición sobre el abogado, por completa ausencia de idoneidad para causar una efectiva mejora al bien jurídico tutelado por el crimen de blanqueo de capitales, su conduta debe quedar fuera del campo de alcance del Derecho Penal, y la exclusión debe ocurrir ya en el marco del tipo objetivo, sin más necesidades de buscar su eventual conocimiento acerca del origen del dinero, bien o valor con los cuales fue pagado para prestar sus servicios legales.

4.2. Criterios relativos a la tipicidad subjetiva

Superado el análisis bajo el marco del tipo objetivo, hay aquellos que defienden que la cuestión relativa al cobro de honorarios, aunque solventada en el marco de la tipicidad, debe ser analizada en el tipo subjetivo.

Para los defensores de esta corriente, que incluso fue adoptada por el BVerfG en 30 de marzo de 2004, el tipo de blanqueo de capitales solo sería imputable al abogado si él efectivamente tenía conocimiento del origen criminoso del cual procede sus honorarios, siendo imposible la imputación por dolo eventual o imprudencia. Así, si el profesional desconoce el origen ilícito de los valores, podrá recibirlos tranquilamente de su cliente, pues no actuaría con el conocimiento (elemento cognitivo) y la voluntad (elemento volitivo) necesarios a la configuración del dolo directo.

En ese sentido, KEMPF, citado por BROND (2018), interpreta que la punibilidad del abogado debe limitarse recién en el marco del tipo subjetivo, tal como ha interpretado el BGH de Alemania, para quien la reducción al tipo subjetivo exige, además, el dolo directo.

Todavía en el ámbito subjetivo, hay la teoría de la *solución institucional del dolo*, por medio de la cual se entiende que la aceptación de honorarios maculados por parte del abogado solo sería criminosa si el letrado tuviere *conocimiento seguro* del origen delictivo del dinero utilizado para pagar sus honorarios. Lo interesante de esta solución es que habría la necesidad de proteger el abogado con una inmunidad procesal temporalmente limitada ante las medidas de investigación que pueden poner en riesgo la funcionalidad de la defensa penal

(BROND 2018). Esta solución parte de la idea de la cual el abogado debe tener toda tranquilidad y confianza en la defensa de su cliente, libre de preocupaciones referente a sus propios intereses (RIOS 2010).

Téngase en cuenta que esta inmunidad de investigación perduraría hasta la conclusión del proceso en contra el cliente con condena firme o hasta que el defensor de confianza haya renunciado al cargo, lo que permitiría que el letrado pudiera desarrollar tranquilamente su derecho al trabajo, por un lado, y el cliente tener garantizado su derecho a la defensa de su confianza.

Para quienes defienden esta solución, solo no sería punible los denominados honorarios *bona fides*, esto es, aquellos que fueron pagados de buena fe, sin engaño alguno para la representación concerniente a la responsabilidad penal personal del acusado. Al contrario, se entiende que no habrá abono de honorarios *bona fides* si se trata de un plan preconcebido por cliente y abogado para mantener los intereses del acusado o de un tercero de forma que les suponga algún beneficio (DÍEZ 2009). De hecho, en esta hipótesis, no se trata de actuación legítima, sino de que honorarios fingidos (*kick back*), los cuales si admiten la punición del abogado.

La importancia de esta corriente está relacionada con el nivel de conocimiento que se le exige al abogado, sobre todo en los supuestos de blanqueo, materia en que se puede castigar tanto por la teoría de la ignorancia deliberada o mismo por imprudencia. Al trabajar con el nivel de conocimiento que debe tener el abogado, DÍEZ (2009) instituye importantes líneas para establecer lo que no se podrá llevar en cuenta para responsabilizar el abogado, a saber: *i.* el simple hecho del letrado evitar indagar a su cliente sobre el verdadero origen no puede ser considerado como conocimiento seguro, razón por la cual la omisión, aquí, no sirve para condenarlo, sobre todo porque él no tiene, en este punto, un deber de garantía.

Del mismo modo, para delimitar si el abogado tenía conocimiento seguro acerca del origen de los honorarios, aun de acuerdo con (DÍEZ 2009), no se podrán llevar en consideración *ii.* las comunicaciones de carácter profesional que ha efectuado el cliente de manera previa a y en relación con la cuestión si el abogado aceptará la dirección letrada del procedimiento; *iii.* las comunicaciones de carácter confidencial que el cliente efectúa en el curso del

procedimiento y, para finalizar, *iv.* las informaciones obtenidas por el letrado en el curso del procedimiento y en cumplimiento al deber de defender adecuadamente a su cliente.

Pese los esfuerzos de la teoría subjetiva, es hecho que su adopción ocasiona innúmeros inconvenientes tanto al cliente (y, por lo tanto, al sacrosanto derecho a la defensa), cuanto al abogado (y, por consecuencia, al ejercicio de una profesión).

En efecto, muchas veces el abogado ni siquiera es contactado por el cliente, que está en la cárcel, sino por la familia de él, la cual en muchos casos no tiene conocimiento de todos los negocios, lícitos o mismo ilícitos, en los cuales su familiar actúa. En estos casos, es muy pequeña la posibilidad de investigación acerca de la capacidad financiera del cliente.

De igual modo, en casos de prisión, una vez contratado, el principal objetivo del abogado penalista es, esencialmente, conseguir la libertad de su patrocinado, incluso porque existe una presunción constitucional de inocencia, que sirve como *standard* tanto de juzgamiento (*in dubio pro-reo*) cuanto de tratamiento (nadie puede ser considerado culpable sino después de una sentencia firme). En ese sentido, se debe tener siempre presente que la presunción de inocencia no solo es un derecho relativo a la carga de la prueba, una regla de juicio conforme a la cual únicamente es posible dictar una condena tras un plenario contradictorio y con base en prueba inequívoca de cargo, sino que también es una actitud de los Tribunales para con el imputado, una regla que impone un tratamiento como inocente, mientras no sea declarado culpable, de modo que sus derechos fundamentales únicamente admiten restricciones cuando el fin sea constitucionalmente legítimo y en todo caso con criterios estrictos de proporcionalidad (BERRUEZO y COPPOLA 2018).

Afuera este primer punto, hay que llevarse en consideración, sin embargo, que el abogado debe preocupar con la defensa de su cliente, y no actuar con miedo del juego girar en su contra (RIOS 2010).

Otra situación trágica es aquella en que desde el inicio, a sabiendas de la conducta delictiva del cliente, se defiende la ilicitud de una prueba en contra él, la cual, una vez declarada ilícita por un juez, va a implicar la exclusión del proceso y, por consecuencia, la absolución del constituyente. En estos casos, ¿se podría admitir una investigación simultanea entre el cliente y el abogado? Si sí, ¿Quién el abogado iría a defender? ¿A sí mismo o a su cliente? ¿Y si la prueba es declarada ilícita en primer grado, pero la sentencia viene a ser reformada en

grado de recurso? ¿Cómo queda el abogado? ¿Y si, al contrario, la prueba no es declarada ilícita en primer grado, más, en grado de recurso, un tribunal la declara ilícita, absolviendo al cliente?

Véase que, además de una innegable quiebra de relación de confianza entre cliente y abogado, la cual crea una situación de conflicto entre quien debe actuar en armonía, estos cuadros crean gran inseguridad para el abogado desarrollar libremente su profesión, lo que acaba impidiendo, de igual forma, la amplia defensa del cliente, en la medida en la cual el abogado tendrá miedo de deducir innúmeras tesis, una vez que dependiendo de la procedencia o improcedencia de ella, el propio abogado estará en riegos.

Para finalizar, pero sin agotar las cuestiones trágicas que se pueden crear a partir de la adopción de la teoría subjetiva, imagínese el caso en lo cual el abogado, después de hacer varias manifestaciones procesales y recibir parcialmente por ello, descubre que sus honorarios fueran pagados con dinero proveniente de infracción penal. En este caso, ¿deberá él abandonar la causa y devolver el dinero? ¿Cómo quedaría la situación del cliente? ¿La salida del abogado del proceso podría ser utilizada como prueba o indicio de prueba del crimen por el cual el cliente es procesado? ¿El abogado pierde su tiempo y su trabajo? ¿Y en el caso de pago en cuotas?

Como se nota, son muchas las implicaciones, las cuales no pueden ser exigidas sin grave menoscabo al derecho de defensa del acusado, por un lado, y el derecho a la profesión del abogado, por otro, razón por la cual importante sector de la doctrina sostiene que el mejor camino es la resolución en marco del tipo objetivo.

4.3. El criterio de la justificación

Para finalizar, superadas las teorías que buscan solventar la cuestión en el ámbito del tipo penal, no se puede dejar de fuera la tesis de la justificación, que tiene lugar en el marco de la antijuridicidad y segundo la cual el comportamiento del abogado que recibe sus honorarios, mismo con la conciencia de que ellos fueran pagados con dinero proveniente de crimen, estaría amparado por la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

De acuerdo con esta orientación jurídico-penal, la conducta del abogado es aprobada por el ordenamiento jurídico porque se realizó bajo el manto legítimo de un derecho a recibir honorarios por los servicios prestados. En este sentido, para que el ejercicio del derecho del abogado sea legítimo, debe realizarse de conformidad con las prerrogativas legales de su profesión previstas en normas específicas (RIOS 2010).

Es verdad que el expansionismo penal ha crecido de tal forma que en determinados países se ha legislado últimamente pretendiendo criminalizar a los abogados que asistan a presuntos delincuentes relacionados con blanqueo de capitales proveniente de la droga, del narcotráfico, del terrorismo y en algunos casos más amplios – como ocurre en España y Brasil – con cualquier acto delictivo, poco importando la gravedad de la inflación.

Sin embargo, debe rechazarse toda inhibición que se pretenda efectuar al libre y correcto ejercicio de la defensa penal, que constituye inequívocamente una asistencia, pues el abogado se halla plenamente justificado conforme al derecho por desempeñarse bajo el amparo del cumplimiento de la ley, en tanto causa de justificación que elimina la antijuridicidad de la conducta de quien ejerce legítimamente esa lícita profesión (BERRUEZO y COPPOLA 2018).

Por lo tanto, el comportamiento del abogado que cobra los honorarios correspondientes a los servicios profesionales realmente prestados, conociendo el origen delictivo de los bienes al momento de percibirlos, resulta justificado por la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, si se cumplen los requisitos para apreciar tal causa de justificación (CORDERO 2015).

Otra idea interesante, todavía ubicada en el marco de la antijuridicidad, es la que propone al abogado un *bonus de justificación* (justificación extraordinaria), basado en la presunción de inocencia. Así como los policiales no actúan "antijurídicamente" cuando detienen a una persona sospechosa de un delito, que luego resulta sobreseída en instrucción o absuelta en el juicio oral, se debe garantizar un bonus de justificación equivalente a favor del lado adversario para preservar una defensa efectiva, bien como la paridad de armas (BERNSMANN, citado por BROND 2018).

AMBOS (2007) también propone el *bonus de justificación*, al argumento de que de la misma forma que las autoridades de la investigación pueden adoptar, en el caso de simple

sospecha de un hecho punible, medidas coercitivas en el proceso penal y con ello justificar la realización del tipo penal con base en la sospecha, o sea, en una presunción de culpabilidad, lo mismo se debería garantizar al abogado, es decir, a él se debería garantizar un bonus de justificación en razón de la presunción de inocencia. De esta manera, tal como el funcionario de la investigación se justifica con la sospecha del hecho, podría el defensor justificar la aceptación típica de los honorarios con el opuesto, la presunción de inocencia que asiste a su patrocinado, lo que incluso serviría para posibilitar una defensa tranquila.

En efecto, en el marco del derecho de todo imputado a una defensa sin perturbaciones se deduce de la presunción de inocencia que los órganos estatales no están legitimados para tratar a una persona sospechosa como condenada, y que si no hay fundamentos objetivos de sospecha, esa persona sospechosa tiene que ser tratada como inocente, incluso y sobre todo por aquel que va a desarrollar su defensa, quien sea, el abogado.

Debido a su actividad y para protegerse de toda injerencia estatal en la relación de defensa, puede el abogado partir de la inocencia del cliente, propuesta que justificaría la aceptación de los honorarios y neutralizaría la sospecha referida al origen contaminado del dinero. Esta causa de justificación se encuentra en armonía con los principios de la justificación mediante el interés preponderante, justamente porque el interés en la observancia de las garantías de un proceso penal del Estado de derecho prevalece sobre el interés en una posible condena a un particular (BERNSMANN, citado por BROND 2018).

A modo de conclusión, es importante subrayar que tampoco el conocimiento seguro del origen ilegal del dinero afecta la causa de justificación. De lo contrario, el trabajo del defensor y especialmente la relación de confianza entre defensor e imputado estaría expuesta a riesgos importantes. En ese contexto, lo único que hace cesar la causa de justificación que ampara al defensor no es su conocimiento del origen ilícito del dinero, sino la manipulación ajena al ejercicio de la profesión.

Se registra, para finalizar, un problema que la doctrina menciona al adoptar la solución de la justificación: es que si el abogado conoce el origen delictivo de los bienes cuando percibe sus honorarios, ello autorizaría decomisar los valores percibidos, una vez que se consideraría el abogado un poseedor de mala fe (CORDERO 2015).

5. Conclusiones

Como visto en el primer capítulo, la sociedad actual es una sociedad llena de tecnología y un enorme desarrollo de distintas áreas del conocimiento humano, lo que genera, por consecuencia, la creación de innúmeros riegos que antes ni siquiera se los imaginaban (cuestiones económicas, de privacidad, medioambientales, de salud y seguridad públicas, etcétera).

Además de este nuevo escenario, se verificó también una fuerte integración de las sociedades nacionales en un movimiento de globalización, situación que genero reflejos en el Derecho, sobre todo en el Derecho Penal, que pasó a tener incidencia en áreas que antes no tenía.

El delito de blanqueo de capitales es justamente un efecto de esa nueva realidad, en la medida en que busca tutelar un bien jurídico artificial, supraindividual, típico de las sociedades de riesgo, en las cuales el Derecho Penal se anticipa a la lesión y pasa a reprochar conductas peligrosas, aunque no causen efectivamente un daño material mensurable.

Los reflejos de esa nueva realidad, trabaja en el primer capítulo, provocan innúmeras modificaciones hasta en lo que dice respeto a la tarea legislativa, la cual ostenta un carácter más amplio, de tipos penales llenos de elementos normativos y de accesoriedad administrativa.

Estos efectos se proyectan en el crimen de blanqueo que, como visto en el capítulo segundo, siegue con muchas controversias en la doctrina mundial. De entre varios problemas generados por la legislación atinente al delito en cuestión, la interminable discusión sobre el bien jurídico es una de ellas.

Ello porque, en la línea de lo expuesto, hasta el día de hoy los estudiosos del Derecho Penal no llegaran a un acuerdo en relación con el que se busca proteger, de hecho, con el delito de blanqueo. De todos los modos, tiene destaque la corriente que sostiene que el objeto de protección es el orden socioeconómico y la administración de la justicia.

Superada la cuestión relativa al bien jurídico, se vio que el tipo objetivo del blanqueo está umbilicalmente ligado a conductas de adquisición, posesión, conversión o transmisión de bienes para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos. En cuanto al tipo

subjetivo, se notó que es principalmente el dolo, aunque se admita la punición por imprudencia.

En el capítulo tercero, en el cual se concentra el tema objeto del trabajo, se percibió que la conducta del abogado penalista que percibe sus honorarios por la defensa ejercida en juicio es tema complejo y lleno posiciones doctrinales cuando los valores empleados en el pago tienen origen delictivo.

Para responder a la cuestión de si el abogado, caso perciba los dichos honorarios maculados, puede ser considerado sujeto activo del crimen de blanqueo de capitales, existen dos grandes grupos de teorías, a saber, las objetivas y las subjetivas.

Como visto, las condutas objetivas defienden que la conducta del abogado, en los casos de honorarios maculados, debe ser solventada en el marco del tipo objetivo, sin necesidad de analizar la consciencia y la voluntad del letrado al percibir su pago.

De las varias teorías, ganan destaque la teoría adecuación social, segundo la cual las acciones que se mueven dentro del marco de los órdenes sociales nunca están comprendidas dentro de los tipos de delito, ni siquiera cuando se las pudiera subsumir en un tipo interpretado a la letra.

No obstante, quedó claro que actualmente dicha teoría no se presenta como un referencial válido y seguro para establecer el alcance del riesgo inherente a las conductas de colaboración con el agente principal, de modo que, sin desconsiderar su papel en la evolución del análisis sobre el tema, hay que echar manos de criterios más desarrollados que permiten solventar la problemática con más seguridad y más objetividad.

Avanzando, fue posible percibir que la doctrina actual hay desarrollado otros criterios más precisos para resolver la delicada cuestión del abogado. En ese sentido, importante paso fue dado por medio de la teoría de la imputación objetiva y sus varias vertientes y claves de interpretación.

En efecto, en el ámbito de la teoría de la imputación objetiva, se pudo observar las más distintas posibilidades de resolver los problemas de tipicidad del cobro de honorarios maculados ya en el marco de la tipicidad objetiva, ya sea porque el desarrollo de la abogacía se

encuentra dentro del riesgo permitido, ya sea porque configura una conduta cotidiana, neutral, estándar.

Afuera la vertiente del riesgo permitido o de las conductas neutrales, se estudió la teoría de la tipicidad conglobante, que permite resolver el problema también ya en el tipo objetivo, bajo la perspectiva de que el derecho penal no puede castigar condutas que otras ramas del derecho autoriza o incluso fomenta, como es el caso de la profesión del abogado, que incluso tiene rango constitucional, debido a la su importancia en el Estado Democrático de Derecho.

Al término del análisis de las teorías objetivas, se discurrió sobre el aporte del criterio de idoneidad desarrollado por Luís Greco en el ámbito de la imputación objetiva y de las conductas neutrales, momento en que se concluyó por la innecesidad de punición del abogado, ante el fracaso de la prohibición por completa ausencia de idoneidad para causar una efectiva mejora al bien jurídico tutelado por el crimen de blanqueo de capitales.

Quedó indudable, sin embargo, que en todos los casos, la conduta del abogado, para poder quedar fuera del alcance del Derecho Penal, debe desarrollarse de acuerdo con las reglas deontológicas, sin cualquier sentido delictivo o adhesión del letrado a eventual plan criminoso de su cliente.

En ese sentido, se pudo notar que en ningún caso el abogado puede actuar alejándose de su rol, como es el caso del recibimiento de honorarios fingidos (kick back), bajo la pena de ser responsabilizado penalmente por el crimen de blanqueo de capitales.

Superado el análisis sobre las teorías objetivas, fue posible verificar que existen aquellos que entienden que la resolución del problema hay que ocurrir en el marco del tipo subjetivo, es decir, solamente será posible castigar al abogado penalista por cobro de honorarios cuando él tenga conocimiento seguro de que sus honorarios fueran o serán pagados con dinero de origen delictivo.

Para los defensores de esta corriente, no obstante, no puede ser considerado conocimiento seguro del origen delictivo la omisión del abogado de indagar a su cliente sobre el verdadero origen. Del mismo modo, no podrían llevar en consideración las comunicaciones de carácter profesional que ha efectuado el cliente de manera previa a y en relación con la

cuestión si el abogado aceptará la dirección letrada del procedimiento, las comunicaciones de carácter confidencial que el cliente efectúa en el curso del procedimiento y las informaciones obtenidas por el letrado en el curso del procedimiento y en cumplimiento al deber de defender adecuadamente a su cliente.

Pese los esfuerzos empleados para justificar la eficacia de esta teoría, se notó que ella, además de causar perjuicio a la relación de confianza entre el abogado y su cliente, deja espacio demasiado grande para la incriminación del letrado y menoscaba severamente el propio derecho a la defensa, que debe asistir a todos los sujetos que se vea procesados criminalmente.

Para finalizar, afuera las corrientes que intentan aclarar la situación ya en el marco de la teoría del tipo, fue posible notar que hay un importante sector de la doctrina que sostiene la impunidad del abogado en el ámbito de la antijuridicidad. Para los adeptos de esta teoría, el comportamiento del abogado que recibe sus honorarios, mismo con la conciencia de que ellos fueran pagados con dinero proveniente de crimen, estaría amparado por la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

Los defensores de la causa de justificación subrayan que la conducta del abogado es aprobada por el ordenamiento jurídico porque se realizó bajo el manto legítimo de un derecho a recibir honorarios por los servicios prestados.

Además, trabajan también con la idea de un *bonus de justificación* (justificación extraordinaria), basado en la presunción de inocencia. Para estos, así como los policiales no actúan «antijurídicamente» cuando detienen a una persona sospechosa de un delito, que luego resulta sobreseída en instrucción o absuelta en el juicio oral, se debe garantizar un bonus de justificación equivalente a favor del lado adversario para preservar una defensa efectiva, bien como la paridad de armas.

Sin embargo, quedó claro que, pese el esfuerzo argumentativo de esta teoría, mayoritariamente se entiende que si el abogado conoce el origen delictivo de los bienes cuando percibe sus honorarios, ello autorizaría decomisar los valores percibidos, una vez que se consideraría el abogado un poseedor de mala fe.

Referencias bibliográficas

Bibliografía básica

AGUADO, J. A. Z. «El delito de blanqueo de capitales», 1227-1330. En VIZCAÍNO, A. C. (ed.). *Tratado de derecho penal económico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

BADARÓ, G. H; BOTTINI, P. C. *Lavagem de dinheiro. Aspectos penais e processuais penais. Comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012*. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BECK, U. *Sociedade de risco. Rumo a uma outra modernidade*. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BERMEJO, M. G. Prevención y Castigo del Blanqueo de Capitales. Una Aproximación desde el Análisis Económico del Derecho. Director: Jesús-María Silva Sánchez. Universidad Pompeu Fabra, Departamento de Derecho, Barcelona, 2009.

BERRUEZO, R; COPPOLA, N. *El delito de blanqueo de dinero: lavado de dinero por cobro de honorarios, ignorancia deliberada y Derecho comparado*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2018.

BRIZ, D. C. «Concepto y contexto del Derecho Penal Económico», 31-41. En BIDASOLO, M. C; MARTÍN, V. G. (coord.). *Derecho Penal Económico y de Empresa. Parte general y parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Tomo 2*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

BROETO, F. «Lineamentos acerca da (a)tipicidade da autolavagem na ordem jurídica brasileira: uma rediscussão necessária», 1-40. En BROETO, F; OLIVEIRA, D. (org.). *Temas contemporâneos de Direito Penal e Processual Penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2021.

BROETO, F. M. «Erro de proibição no Direito Penal Econômico para além da esfera do injusto». *Revista Consultor Jurídico* [en línea]. 2022. [consulta: noviembre 2022]. ISSN 1809-2829. Disponible en: https://www.conjur.com.br/2022-fev-01/filipe-broeto-erro-proibicao-direito-penal-economico.

BROND, L. G. *Lavado de dinero: responsabilidad de defensores por la aceptación de honorarios provenientes de un ilícito penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2018.

CASTELLANO PERE, S. «Tema práctico XIX: blanqueo de capitales (arts. 301-304 CP)», 267-277. En: ABADIAS SELMA, A; BUSTOS RUBIO, M. (Coord.). *Temas prácticos para el estudio del Derecho Penal Económico*. Coruña: Editorial Colex, 2020.

CASTELLUCCI, M. J. «La percepción de honorarios profesionales por el abogado defensor y su configuración como ¿conducta delictiva? de lavado de dinero: a la luz de la legislación argentina y brasilina», 169-218 en: BROETO, Filipe Maia; OLIVEIRA, Diego Renoldi Quaresma de (Coord). *Lavagem de dinheiro: temas polémicos no Brasil, Argentina, Equador e EUA*. Curitiba: CRV, 2021.

CAVERO, P. G. «El delito de lavado de activos» Buenos Aires: Editorial B de F, 2018.

CONSERINO, C. R; ARAÚJO, C. R. *Crime organizado e lavagem de dinheiro. Teoria e jurisprudência*. São Paulo: Juspodivm, 2022.

COUTINHO, J. N. C; CARVALHO, E. R. «Lavagem de dinheiro e o advogado: recebimento de honorários». *Revista do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico*. 2018. vol. 2, 105-124.

SANTO, L. P. «A indevida criminalização da autolavagem de dinheiro». *Delictae Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito. 2018, vol. 3, núm. 4, 193-253 [consulta: marzo 2023]. ISSN 2526-5644. Disponible en: https://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/67/45.*

DIAS, F. G. C. «Recebimento de honorários maculados e os crimes de lavagem de dinheiro e de receptação: análise sob a perspectiva das ações neutras». *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. 2014, núm. 110, 147-174.

FALAVIGNO, C. F. *A deslegalizacão do direito penal. Leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020.

GRECO, L. *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

JAKOBS, Günther. «¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?» 39-56. En: LINETT, Eduardo Montealegre. *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs: el funcionalismo en el Derecho penal*. Centro de Investigación en Filosofía del Derecho de la Universidad Externado de Colombia, 2003.

LIMA, R. B. *Legislação criminal especial comentada: volúme único*. 8ª ed. rev., actual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020.

MANZANO, M. P. «Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales», 169-206. En BAJO FERNÁNDEZ, M; BACIGALUPO, S. *Política criminal y blanqueo de capitales*. Madrid: Marial Pons, 2009.

MENDRONI, M. B. Crime de lavagem de dinheiro. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MESQUITA, L. A. M. *Desafios tradicionais e atuais do crime de lavagem de dinheiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

MOLINA FERNÁNDEZ, F. «*¿Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?»* 91-125. En BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina (Org.). *Política criminal y blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

MUÑOZ, F; GARCIA, M. *Derecho penal: parte general*. 7ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

PÉREZ, C. M. B. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*. 5ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

PRADO, I. M. A. M. *El autoblanqueo: el delito fiscal como delito antecedente del blanqueo de capitales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

RODA, J. C. *Abogacía, secreto profesional y blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2006.

RODRIGUES, A. M. *Direito penal económico. Uma política criminal na era compliance*. Coimbra: Almedina, 2019.

ROXIN, C. *La imputación objetiva en el Derecho Penal*. 2ª ed. Lima: Editora Jurídica Griley, 2012.

SANTO, L. P. «A indevida criminalização da autolavagem de dinheiro». *Delictae Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito.* 2018, vol. 3, núm. 4, 193-253.

SANTOS, J. C. *Direito Penal. Parte Geral*. 9ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

SILVEIRA, R. M. J. *Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SIQUEIRA, F. A. M. S. *O delito de lavagem de capitais no direito penal brasileiro e espanhol*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

SOUZA, L. A. «Estágio atual do direito penal econômico e alternativas jurídicas», 57-106. En SOUZA, L. A; ARAÚJO, P. C. (org.). *Direito penal econômico: leis penais especiais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

GONZÁLES, C. S. «*Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española*». *Anuario de Derecho Penal*. Núm. 1995. [en línea]. 2023. [consulta: junio 2023]. Disponible en: https://www.cervantesvirtual.com/obra/blanqueo-de-capitales-y-merecimiento-de-pena-consideraciones-crtica-a-la-luz-de-la-legislacin-espaola-0/.

WELZEL, H. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

ZAFFARONI, E. R; ALAGIA, A; SLOKAR, A. *Manual de derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2006.

ZAFFARONI, E. R; PIERANGELI, J. H. *Manual de Direito penal brasileiro: parte geral.* 14ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

Web

«A velocidade com que foi criada a vacina da Covid-19 é motivo de preocupação? Especialista do Butantan responde». *Portal do Butantan*. 3 noviembre 2022, 20:07. Disponible en: https://butantan.gov.br/covid/butantan-tira-duvida/tira-duvida-noticias/a-velocidade-com-que-foi-criada-a-vacina-da-covid-19-e-motivo-de-preocupacao-especialista-do-butantan-responde.

«Desinformação alimenta dúvidas sobre vacinas contra a COVID-19, afirma diretora da OPAS». *Organização Pan-Americana da Saúde*. 3 noviembre 2022, 20:24. Disponible en: https://www.paho.org/pt/noticias/21-4-2021-desinformacao-alimenta-duvidas-sobre-vacinas-contra-covid-19-afirma-diretora-da

«É impressionante: as pessoas têm medo de vacina e não da covid-19, diz a presidente da Pfizer no Brasil». *Valor Econômico*. 3 noviembre 2022, 20:16. Disponible en: https://valor.globo.com/eu-e/noticia/2022/07/15/e-impressionante-as-pessoas-tem-medo-de-vacina-e-nao-da-covid-19-diz-a-presidente-da-pfizer-no-brasil.ghtml.

«Em meio à alta dos casos, brasileiros perdem medo da Co-vid, aponta Datafolha». *Folha de São Paulo*. 3 noviembre 2022, 20:38. Disponible en:

https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2022/06/em-meio-a-alta-dos-casos-brasileiros-perdem-medo-da-covid-aponta-datafolha.shtml.

Legislación citada

España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, 24 noviembre 1995, núm. 281, páginas BOE-A-1995-25444.

Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Boletín Oficial del Estado, 29 abril 2010, núm. 103, páginas 37458-XX.