

MATEO G. BERMEJO

# PREVENCIÓN Y CASTIGO DEL BLANQUEO DE CAPITAL UN ANÁLISIS JURÍDICO-ECONÓMICO

Prólogo de  
Jesús-María Silva Sánchez



Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2015

# ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO.....	19
AGRADECIMIENTOS.....	25
ABREVIATURAS.....	29
INTRODUCCIÓN.....	31

## PRIMERA PARTE

### PERSPECTIVA METODOLÓGICA: LA UTILIDAD DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO PARA EL ESTUDIO DEL BLANQUEO DE CAPITALES

INTRODUCCIÓN A LA PRIMERA PARTE.....	37
CAPÍTULO I. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO (AED).....	39
1. LA APROXIMACIÓN ECONÓMICA AL DERECHO.....	39
1.1. Introducción.....	39
1.2. Los orígenes y la evolución del AED.....	41
2. CONCEPTOS CLAVE.....	45
2.1. Una distinción fundamental: AED positivo y normativo.....	45
2.2. AED positivo.....	47
2.2.1. La teoría de la elección racional.....	47
2.2.2. Contenido y ordenación de las preferencias.....	49
2.2.3. El procedimiento de análisis en la teoría de la elección racional.....	50
2.3. AED normativo.....	53
2.3.1. Introducción.....	53
2.3.2. El concepto de «eficiencia».....	54
2.3.2.1. Eficiencia paretiana.....	54

	Pág.
2.3.2.2. Eficiencia potencial o Kaldor-Hicks.....	55
2.3.2.3. Eficiencia en sentido instrumental.....	56
2.3.2.4. ¿Eficiencia sin optimalidad? .....	57
2.3.3. El Análisis Coste-Beneficio (ACB) .....	58
2.3.3.1. ACB: problemas de cuantificación .....	58
2.3.3.2. ACB: la dimensión normativo-ética.....	59
2.3.3.3. Análisis Coste-Eficacia: la dimensión nor- mativo-técnica .....	60
2.3.3.4. El consenso básico acerca del ACB.....	61
3. ACB, IGUALDAD Y DERECHOS .....	63
4. ANÁLISIS INSTITUCIONAL COMPARADO (AIC).....	65
5. SUMARIO Y ORIENTACIÓN .....	68
<b>CAPÍTULO II. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO PENAL: APLICACIÓN A LA PREVENCIÓN Y EL CASTIGO DEL BDEC...</b>	<b>69</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	69
2. AED POSITIVO EN DERECHO PENAL: LA DECISIÓN DE DELINQUIR .....	70
2.1. La teoría de la elección racional y el análisis de los costes y beneficios privados del delito.....	70
2.2. Racionalidad de los agentes en los delitos económicos: el caso del BdeC .....	74
2.2.1. Frecuencia y estandarización de conductas .....	76
2.2.2. Conmensurabilidad: la presencia del dinero y la mayor facilidad para determinar el coste de oportunidad.....	76
2.2.3. Transparencia: mayor facilidad para evaluar las conse- cuencias.....	77
2.2.4. Maximización de la renta .....	77
2.2.5. Neutralidad moral: ¿propiedad distintiva de la activi- dad mercantil? .....	78
3. AED NORMATIVO: ESTRATEGIAS REGULATORIAS ORIEN- TADAS A LA PREVENCIÓN DE DELITOS ECONÓMICOS....	79
3.1. El ACB en la prevención del delito .....	79
3.2. Política criminal: la función de la Ley penal .....	81
3.3. Análisis de las estrategias regulatorias disponibles para la pre- vención y el castigo de delitos económicos: su aplicación al blanqueo de capitales .....	83
3.3.1. Introducción.....	83
3.3.2. Las estrategias regulatorias: análisis positivo y norma- tivo .....	84

	Pág.
3.3.3. ¿Heterorregulación frente a autorregulación?: aproximación a las normas de prevención y castigo del blanqueo de capitales .....	88
3.3.3.1. Introducción.....	88
3.3.3.2. Heterorregulación, autorregulación, corrección (autorregulación regulada).....	89
3.3.3.3. Los efectos jurídicos de la autorregulación.	94
4. SUMARIO Y ORIENTACIÓN .....	96
<b>CONCLUSIONES DE LA PRIMERA PARTE .....</b>	<b>98</b>

## SEGUNDA PARTE

**ANÁLISIS COSTE-BENEFICIO DEL BLANQUEO DE CAPITALES:  
LESIVIDAD SOCIAL Y BENEFICIOS SOCIALES**

<b>INTRODUCCIÓN A LA SEGUNDA PARTE .....</b>	<b>103</b>
<b>CAPÍTULO III. EL BLANQUEO DE CAPITALES: CONCEPTO Y TÉCNICAS .....</b>	<b>105</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	105
2. DEFINICIÓN CRIMINOLÓGICA DE BDEC.....	105
2.1. Introducción .....	105
2.2. Definición criminológica de BdeC.....	107
2.2.1. Introducción .....	107
2.2.2. Definición criminológica.....	107
2.2.3. Algunos conceptos asociados al de BdeC .....	112
2.2.3.1. El BdeC como «proceso» orientado a un fin.	112
2.2.3.2. Las diádas capital sucio/capital negro y capital de origen lícito/capital de origen ilícito .....	114
2.2.3.3. El objeto del BdeC: ¿dinero, bienes, capitales, activos? .....	115
3. CARACTERÍSTICAS CONTEMPORÁNEAS DEL BDEC .....	116
3.1. Características del entorno social que proveen oportunidades para el BdeC .....	116
3.2. Magnitud económica del fenómeno .....	117
3.3. Vinculación con el crimen organizado.....	118
3.4. Internacionalización .....	120
3.5. Profesionalización del BdeC .....	121
4. EL PROCESO DE BLANQUEO.....	122

	Pág.
4.1. Introducción/colocación ( <i>placement</i> ) .....	123
4.2. Transformación/ensombrecimiento ( <i>layering</i> ) .....	123
4.3. Integración .....	124
4.4. La utilidad de esta clasificación en tres etapas .....	125
5. TÉCNICAS UTILIZADAS PARA BLANQUEAR CAPITALES....	125
5.1. Introducción .....	125
5.2. Técnicas de BdeC por sector económico .....	129
5.2.1. Sector financiero (I): entidades financieras .....	129
5.2.2. Sector financiero (II): establecimientos financieros no convencionales.....	131
5.2.3. Sector comercial y de servicios .....	132
5.2.4. Sector inmobiliario.....	133
5.2.5. Sector de casinos y juegos de azar .....	134
5.2.6. Sector de compraventa de joyas, metales preciosos, obras de arte y antigüedades.....	135
5.3. Conclusión.....	136
6. SUMARIO Y ORIENTACIÓN .....	137
<b>CAPÍTULO IV. COSTES Y BENEFICIOS SOCIALES DEL BLAN- QUEO DE CAPITALES .....</b>	<b>139</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	139
2. ANÁLISIS DE LOS COSTES Y BENEFICIOS DEL BDEC.....	139
2.1. Introducción .....	139
2.2. Análisis de los incentivos que determinan diferentes diseños del entorno legal .....	140
2.2.1. Prohibición total del BdeC .....	143
2.2.2. Prohibición parcial.....	145
2.2.3. Legalización.....	148
2.3. Evaluación de las consecuencias de los diferentes diseños ins- titucionales.....	150
2.3.1. Introducción.....	150
2.3.2. La lesividad social del BdeC .....	151
2.3.2.1. Efecto criminógeno: el BdeC como incenti- vo para delinquir .....	151
2.3.2.2. Efectos lesivos sobre la economía.....	153
2.3.2.3. Corrupción pública y privada.....	166
2.3.3. Los beneficios sociales del BdeC .....	168
2.3.4. Problemas de distribución de costes y beneficios so- ciales entre distintas sociedades: la cuestión interna- cional.....	168

	Pág.
2.3.4.1. La inequitativa distribución de costes y beneficios del BdeC transnacional.....	168
2.3.4.2. Análisis de los incentivos para que los refugios financieros cumplan con las normas de prevención del BdeC.....	170
2.3.4.3. Armonización de la regulación internacional.....	174
2.3.5. Conclusiones al ACB de la actividad de BdeC.....	177
3. SUMARIO Y ORIENTACIÓN.....	178
<b>CONCLUSIONES DE LA SEGUNDA PARTE.....</b>	<b>180</b>
 TERCERA PARTE  	
<b>ANÁLISIS POSITIVO Y NORMATIVO DEL SISTEMA DE PREVENCIÓN Y CASTIGO DEL BDEC</b>	
<b>INTRODUCCIÓN A LA TERCERA PARTE.....</b>	<b>185</b>
<b>CAPÍTULO V. LA RACIONALIDAD DEL SISTEMA DE PREVENCIÓN Y CASTIGO DEL BDEC.....</b>	<b>187</b>
1. INTRODUCCIÓN.....	187
2. ANÁLISIS SISTEMÁTICO DE LOS INSTRUMENTOS DE PREVENCIÓN Y CASTIGO DEL BDEC.....	188
2.1. Introducción.....	188
2.2. Análisis de las normas inter y supranacionales.....	189
2.2.1. Introducción.....	189
2.2.2. La Declaración de Principios de Basilea (1988).....	191
2.2.3. Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas —Convención de Viena— (1988).....	192
2.2.4. Cuarenta Recomendaciones del GAFI (1990).....	193
2.2.5. Convención del Consejo de Europa (1990).....	194
2.2.6. Directivas Europeas (1991, 2001, 2005).....	195
2.2.7. <i>Corpus Iuris</i> (1999).....	196
2.2.8. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada —Convención de Palermo— (2000).....	197
2.2.9. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003).....	197
2.3. La evolución de las estrategias de intervención.....	198

	Pág.	
2.3.1.	Primera etapa: la creación de un nuevo paradigma ....	198
2.3.2.	Segunda etapa: unificación de los estándares.....	199
2.3.3.	Tercera etapa: ampliación del ámbito de intervención de los estándares.....	200
2.3.4.	Cuarta etapa: consolidación de los estándares.....	201
2.3.5.	Quinta etapa: cambios en la estrategia regulatoria; del «intervencionismo» a la «gestión del riesgo».....	202
	2.3.5.1. El contenido del cambio.....	202
	2.3.5.2. Los actores del cambio.....	205
2.4.	Toma de posición.....	207
2.5.	Conclusiones.....	211
3.	LAS FINALIDADES PERSEGUIDAS POR EL ESTADO: ESPE- CIALMENTE SOBRE EL DECOMISO DE LAS GANANCIAS ...	213
3.1.	Introducción.....	213
3.2.	Definición y clases de decomiso.....	216
3.3.	Decomiso de las ganancias derivadas del delito.....	217
	3.3.1. Introducción.....	217
	3.3.2. La función disuasoria del decomiso de las ganancias .	218
	3.3.3. La función inocuidadora del decomiso de las ganan- cias.....	220
	3.3.4. Tipos de decomiso de ganancias.....	221
	3.3.4.1. Decomiso de bienes: decomiso básico y de- comiso sustitutivo.....	222
	3.3.4.2. Decomiso de valor equivalente.....	222
	3.3.4.3. Decomiso de ganancias directas e indi- rectas.....	224
	3.3.5. ¿Principio de beneficios brutos ( <i>Bruttoprinzip</i> ) o de beneficios netos ( <i>Nettoprinzip</i> )? .....	225
	3.3.6. Restricciones deontológicas al decomiso de las ganan- cias: ¿proporcionalidad?.....	227
	3.3.7. El decomiso de los beneficios económicos derivados de la comisión de delitos imprudentes: consideracio- nes sobre su pertinencia.....	229
	3.3.8. El decomiso de los beneficios económicos derivados de la comisión de infracciones administrativas.....	230
	3.3.9. El decomiso civil.....	231
	3.3.10. La regulación del decomiso según la reciente reforma del Código Penal español operada por la Ley Orgáni- ca 1/2015.....	233
3.4.	Conclusiones.....	240
4.	INTERVENCIÓN DIRECTA E INDIRECTA: LA RESPONSABILIZACION DEL SECTOR PRIVADO.....	241

	Pág.
4.1. Introducción.....	241
4.2. Los sujetos obligados: deberes esenciales y secundarios.....	243
4.3. Deber esencial I: el deber de no ejecutar la operación (sujeto obligado/ <i>gatekeeper</i> ) .....	246
4.3.1. Introducción: concepto y breve genealogía del mismo.	246
4.3.2. Análisis positivo y normativo de la función de <i>gatekeeper</i> .....	247
4.4. Deber esencial II: el deber de informar (sujeto obligado/ <i>whistleblower</i> ).....	249
4.4.1. Introducción: concepto y orígenes .....	249
4.4.2. Análisis de las características del sujeto obligado/ <i>whistleblower</i> .....	251
4.4.2.1. Introducción.....	251
4.4.2.2. El deber de informar y el deber de confidencialidad.....	252
4.4.2.3. Los incentivos para cumplir con el deber de informar .....	254
4.4.3. Análisis positivo y normativo de la función de sujeto obligado/ <i>whistleblower</i> .....	256
4.5. Las interrelaciones entre el <i>gatekeeping</i> y el <i>whistleblowing</i> en la legislación para la prevención del BdeC.....	257
4.6. Conclusiones.....	259
5. SUMARIO Y ORIENTACIÓN .....	259
<b>CAPÍTULO VI. INTERVENCIÓN INDIRECTA: CRIMINAL COMPLIANCE PARA LA PREVENCIÓN DEL BDEC EN LA ORGANIZACIÓN EMPRESARIAL.....</b>	<b>263</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	263
2. LOS FACTORES CRIMINÓGENOS PRESENTES EN LA ESTRUCTURA EMPRESARIAL.....	263
3. <i>COMPLIANCE PROGRAMS</i> : CONCEPTO Y ALCANCE .....	267
3.1. Introducción.....	267
3.2. Programas de Cumplimiento: concepto, fuentes, contenido...	270
3.3. Los Programas de Cumplimiento en la prevención del blanqueo de capitales .....	273
3.3.1. La gestión del riesgo.....	273
3.3.1.1. Introducción.....	273
3.3.1.2. El deber de diligencia con respecto al cliente.	274

	Pág.
3.3.1.3. El deber de examen (examen general): el perfil del cliente.....	276
3.3.1.4. El deber de investigar (examen especial): el deber de investigar las operaciones inusuales.....	277
3.3.1.5. Conclusión: la operación sospechosa como presupuesto de los deberes de informar y no ejecutar la operación .....	279
3.3.2. Normas de conducta en los Programas de Cumplimiento: su papel en la gestión del riesgo .....	279
3.3.3. Órganos de control interno. El <i>Compliance Officer</i> o <i>Geldwäschebeauftragter</i> .....	282
3.3.4. Evaluación (interna y externa) de los Programas de Cumplimiento.....	285
3.3.5. Sistema de información .....	286
4. SUMARIO Y ORIENTACIÓN .....	289
<b>CAPÍTULO VII. EL TIPO PENAL DE BLANQUEO DE CAPITALES .....</b>	<b>291</b>
1. INTRODUCCIÓN: EL FUNDAMENTO POLÍTICO CRIMINAL DE LA CRIMINALIZACIÓN .....	291
2. ANÁLISIS DE <i>LEGE FERENDA</i> : LAS DISTINTAS FORMAS DE TIPIFICACIÓN PENAL SEGÚN LA FINALIDAD POLÍTICO-CRIMINAL DEL LEGISLADOR.....	292
3. ANÁLISIS DE <i>LEGE LATA</i> : EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL TIPO PENAL DEL ART. 301 DEL CP.....	298
3.1. Las lagunas de punibilidad y la necesidad de art. 301 del CP.	298
3.2. El bien jurídico protegido .....	299
3.2.1. Planteamiento general: el tipo de BdeC y la Administración de Justicia .....	299
3.2.2. La Seguridad Interior.....	302
3.2.3. El orden socioeconómico.....	303
3.2.4. Conclusiones.....	306
3.3. Los antecedentes del art. 301 del CP: las normas supra e internacionales.....	307
3.3.1. Introducción.....	307
3.3.2. El tipo penal básico.....	307
3.3.3. El tipo penal de receptación de bienes o ganancias....	308
3.3.4. El tipo penal de tendencia interna trascendente.....	308
3.3.5. El tipo penal de BdeC imprudente.....	309

	Pág.
3.4. Análisis de <i>lege lata</i> : interpretación del tipo penal de BdeC del art. 301 del CP .....	309
3.4.1. Introducción.....	309
3.4.2. Límites del análisis .....	311
3.4.3. El BdeC doloso: los tipos penales del art. 301.1 y 301.2 del CP .....	312
3.4.3.1. Introducción.....	312
3.4.3.2. Las modalidades de acción y los verbos típicos.....	313
3.4.3.3. El objeto material .....	318
3.4.4. La punibilidad de la tentativa .....	319
3.4.5. Modalidades agravadas de blanqueo de capitales.....	320
3.4.6. La intervención delictiva en el delito de blanqueo de capitales .....	321
3.4.7. La punibilidad del autoblanqueo .....	321
3.4.8. BdeC imprudente: el art. 301.3 del CP .....	325
3.4.9. La relevancia de la ignorancia deliberada .....	328
3.4.10. La autorregulación empresarial y la atribución de responsabilidad penal .....	332
4. SUMARIO Y ORIENTACIÓN .....	344
<b>CAPÍTULO VIII. LA EVALUACIÓN DEL SISTEMA DE PREVENCIÓN Y CASTIGO DEL BDEC.....</b>	<b>347</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	347
2. LA EVALUACIÓN DEL SISTEMA DE PREVENCIÓN Y CASTIGO DEL BLANQUEO DE CAPITALS .....	348
3. ALGUNOS ESTUDIOS COMPARADOS.....	353
4. CONCLUSIÓN .....	358
<b>CONCLUSIONES DE LA TERCERA PARTE.....</b>	<b>360</b>
<b>CONCLUSIONES FINALES</b>	
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>371</b>