

Comentario de Sentencia 1307/2018*

Sentence Comment 1307/2018

Dr. Dayan Gabriel López Rojas

Profesor Auxiliar

Universidad de Matanzas, Cuba

dglopezrojas@gmail.com



0000-0002-1710-3837

Introducción

En la Sentencia No. 84, de 31 de mayo de 2018, la Sala Primera de lo Penal del Tribunal Provincial Popular (en lo adelante, TPP) de Villa Clara condenó por la modalidad de autoblanqueo o autolavado a un ciudadano cubano, emigrado a los Estados Unidos de América, quien tras defraudar allí al Medicare en una cuantía de 16.7 millones de dólares, empleó parte de ese capital en la adquisición y reventa de una vivienda y dos vehículos en territorio nacional, contando para ello con el auxilio de su hermano, quien en calidad de testaferro (o prestanombre) figuró como titular formal de dichos bienes en varios negocios jurídicos instrumentados ante notario público.

La citada resolución estimó probado, en lo que interesa aquí, que el acusado principal comenzó a introducir en nuestro país el efectivo proveniente de los actos antes descritos con el propósito de invertirlo en la compra de inmuebles y vehículos para de esta forma disimular su procedencia, para lo cual concibió la utilización de su hermano (también acusado) a fin de legalizar alguno de estos bienes a su nombre y evitar figurar como legal propietario

de estos. Así, en enero de 2017, se efectuó la compraventa notarial de una vivienda, por la que pagó la suma de 20.000 USD en concepto de precio, y luego de residir en ella por un corto período de tiempo la vendió por un precio idéntico al de adquisición, con la finalidad de materializar sus pretensiones de legitimar el dinero mal habido que poseía. Asimismo, el acusado compró un vehículo moderno, por el que pagó 50.000 CUC, y a los efectos de continuar enmascarando la tenencia en su poder de este dinero mal habido y legitimar de alguna manera los dividendos monetarios que determinaban su sustento económico en Cuba, decidió ponerlo en explotación, por lo que percibió una suma mensual aproximada de 300.00 CUC, durante el período de seis meses, luego de lo que el acusado revendió dicho vehículo por idéntico precio al que había pagado por él. Finalmente, se estima probado que el acusado adquirió otro vehículo, por el que pagó 37.000 CUC y que luego revendió por 35.000 CUC¹.

Al motivar la calificación de autoblanqueo, el Tribunal de instancia razonó que el acusado debía responder por la modalidad típica prevista en el art. 346.1 del CP

... pues empleando el efectivo monetario que obtuvo procedente de esta ilícita actividad, realizó varias inversiones dentro del territorio nacional cubano, específicamente en la compraventa de un inmueble y vehículos, con el evidente propósito de ocultar el verdadero origen ilícito del efectivo monetario procedente de la estafa; de tal suerte que, estamos ante un caso típico de lavado de dinero, de capitales o de activos, también conocido como «blanqueo» de capitales, consistente en hacer que los fondos o activos obtenidos ilícitamente aparezcan como fruto de una actividad económica o financiera legal, a través de la acción de «lavar», en este caso, para encubrir el origen ilegítimo de dichos fondos o activos ...²

En solución al recurso de casación interpuesto por el acusado, que se limitó a un motivo de forma apoyado en la causal 6 del art. 70 de la Ley de Procedimiento Penal, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular (en lo adelante TSP), razonó lo siguiente:

Si bien es cierto que los instrumentos internacionales suscritos por Cuba no obligan a la punición del denominado autoblanqueo, y que dejan a los Estados esta decisión a fin de que evalúen si ello resulta compatible con los principios y derechos fundamentales reconocidos en cada nación, lo cierto es que el legislador cubano no ha excluido de forma expresa la sanción del interviniente en el delito previo, como lo ha hecho en el delito de receptación, por ejemplo. Ello obliga a analizar, en cada asunto concreto, si las operaciones que realiza el autor o partícipe del delito previo sobre las ganancias derivadas de aquel, afectan

realmente la licitud del tráfico de bienes en la economía legal –que es en definitiva lo que tutela el delito de lavado de activos–, o si sólo representan actos de disfrute del producto de la infracción precedente, es decir, su agotamiento, pues en este último supuesto habría que descartar esta tipicidad en respeto al principio de non bis in idem. Desde este punto de partida, el hecho que se somete a control casacional describe una verdadera trama de reciclaje o blanqueo de dinero, puesto que el recurrente (...) introdujo en nuestro país el dinero que obtuvo de manera ilícita, procedente de un delito de estafa al programa gubernamental del MEDICARE de Estados Unidos, país donde residía desde 2005, todo ello con el propósito de realizar inversiones de compraventa de un inmueble y autos, y así ocultar su verdadero origen, vivienda que después vendió, al igual que los autos e incluso uno de estos vehículos, que se inscribió a nombre de su hermano el coacusado (...), pues como presta nombre accedió a ser el titular, lo puso en explotación y obtuvo ganancias sustanciales de esa actividad; por lo que, más allá de gastar el producto del delito en la obtención de bienes para su disfrute personal, se advierte el propósito de hacer circular el dinero sucio por la economía legal a fin de borrar su origen oscuro, con lo cual se ofende un bien jurídico distinto al que se tutela a través del delito previo; y como todos estos aspectos fueron debidamente razonados en correspondencia al resultado de las pruebas verificadas en el acto de juicio oral, debe desestimarse el recurso interpuesto por ambos impugnantes con apoyo en el ordinal sexto del Artículo 70 de la Ley de Procedimiento Penal³.

La sentencia: un punto de inflexión respecto a la jurisprudencia anterior

Una revisión de los pronunciamientos judiciales cubanos sobre el delito de lavado de dinero/lavado de activos en el período 1999-2018 (López, 2019) pone de relieve que cuestiones dogmáticas de marcada trascendencia práctica no han sido tratadas con la profundidad y la corrección necesaria; y cómo ello ha incidido negativamente en la interpretación y aplicación de esta figura penal.

Así, la jurisprudencia cubana no ha abordado convenientemente la cuestión relativa al bien jurídico específicamente comprometido por la prohibición penal de lavar activos en el ámbito patrio —ni siquiera lo hacen las sentencias dictadas con posterioridad al año 2013—,⁴ pese a tratarse de un aspecto esencial para establecer el ámbito de aplicación legítimo de este delito y distinguirlo de figuras afines, conforme a las exigencias derivadas de los principios de ofensividad y *non bis in idem*. Y esa falta de concreción sobre el específico objeto de protección de este delito (distinto a los lineamientos de política criminal que pautan los instrumentos e iniciativas internacionales) ha provocado que se asuma una interpretación estrictamente literal del precepto, que no atiende a las razones teleológicas que justifican la prohibición penal de blanqueo, dando lugar a una expansión injustificada e ilegítima de las conductas típicas, especialmente de la modalidad de «autolavado/autoblanqueo».

La sentencia objeto de este comentario, sin embargo, introduce un punto de inflexión en esa línea interpretativa en la medida en que opta por una clarificación precisa del bien jurídico específicamente tutelado por el art. 346 del CP y asume un entendimiento teleológico de este delito que marca pautas sobre sus límites aplicativos, válidos para determinar tanto el alcance de la conducta de autolavado como la del reciclaje cometido por un sujeto ajeno a la conducta delictiva precedente.

Fenomenología del lavado de activos y bien jurídico protegido por el art. 346 CP

Previo al análisis de las cuestiones centrales tratadas en la Sentencia No. 1307/2018, de 12 de agosto, de la Sala de lo Penal del TSP, conviene abordar lo relativo a la fenomenología del lavado de activos, pues de la concepción que se tenga al respecto dependerá la toma de postura en torno al interés directamente comprometido por esta clase de conductas (esto es, el bien jurídico tutelado por esta infracción penal) y, por extensión, el alcance de la conducta típica.

Un repaso por la doctrina especializada, y por los modelos de regulación asumidos en el Derecho comparado⁵, permite distinguir dos perspectivas conceptuales en torno al lavado: una que pone el acento en el matiz encubridor que es inherente a esta clase de comportamientos, y otra que se centra en las consecuencias nocivas que este fenómeno genera para el adecuado funcionamiento del

orden económico del país en el que se produzca. Así, mientras un sector de opinión defiende que el lavado no es más que un proceso de disimulación que busca ocultar los vínculos entre los bienes y el delito del cual proceden⁶ (Barral, 2003); otros autores, con mejor criterio, lo conceptualizan como el proceso o conjunto de operaciones mediante el cual los bienes o el dinero resultantes de actividades delictivas, ocultando tal procedencia, se integran en el sistema económico regular (Gómez, 1997; Díaz-Maroto y Villarejo, 1999; Blanco, 2012; Bermejo, 2015; López, 2018).

La postura de los tribunales cubanos en torno al entendimiento de este fenómeno es también dual: unas sentencias tienden a remarcar, como cuestión clave, el aspecto disimulador ínsito al blanqueo, en la medida en que afirman que el lavado de activos consiste en «(...) hacer que los fondos o activos obtenidos ilícitamente aparezcan como fruto de una actividad económica o financiera legal, a través de la acción de “lavar”, en este caso, para encubrir el origen ilegítimo de dichos fondos o activos»⁷; mientras que en otras resoluciones el foco de atención parece centrarse en la naturaleza socioeconómica de este fenómeno, puesto que el ocultamiento se relega a un segundo plano y se enfatiza, con razón, que el lavado debe ser concebido como un proceso que engloba en un conjunto de operaciones realizadas sobre «unos beneficios ilegales que se pretenden introducir en los mercados financieros u otros sectores económicos de un Estado»⁸.

Pero si se parte del presupuesto correcto y se entiende que el lavado de activos es un delito autónomo, con un ámbito de ofensividad propio que justifica su incriminación como figura penal distinta de otras de morfología similar (como la receptación o el encubrimiento), hay que descartar la línea conceptual que centra la atención en el matiz encubridor; pues la creación de un nuevo tipo penal para reprimir conductas de mera ocultación del origen del producto de un delito previo –que sólo afectan las dos funciones que integran el contenido material del bien jurídico Administración de Justicia: el castigo del delito precedente y el decomiso de las ganancias derivadas de aquel,⁹ es una decisión político-legislativa de cuestionable legitimidad en la medida en que estos supuestos ya encontraban encaje en la clásica figura de encubrimiento (Berdugo & Fabián, 2011; Arias, 2011).

Es cierto que el lavado presupone el ensombrecimiento de la procedencia de los activos, pero este aspecto no debe ser evaluado por sí solo como la cuestión determinante para decidir si se está frente a una trama de blanqueo. En este delito la ocultación es sólo instrumental: para poder disponer pública y tranquilamente del producto del delito previo, los blanqueadores necesitan insertarlo y hacerlo circular por la economía legal a fin de desvincularlo de su «origen oscuro» y simular su origen lícito, y para lograrlo ocultarán a toda costa su procedencia delictiva en aras de impedir que el Estado lo decomise (o lo

devuelva a su legítimo titular) y los emplee como prueba del delito fuente¹⁰. Esa inserción y circulación de los activos ilícitos por los cauces del circuito económico legal es lo que produce la afectación de un bien jurídico de naturaleza socioeconómica, distinto al tutelado por el delito fuente y diferente también al interés estatal en la persecución y castigo de los delitos y en la absorción de ganancias ilícitas. Aunque las conductas de lavado suponen en cierta medida una afectación a la Administración de Justicia, en tanto que dificultan el decomiso del producto del delito, su especial lesividad –que justifica su incriminación por medio de una figura penal autónoma– se concreta en los graves trastornos microeconómicos y macroeconómicos que pueden llegar a ocasionar, por lo que estamos en presencia de un auténtico delito económico¹¹.

Desde la perspectiva microeconómica, el blanqueo resulta especialmente perjudicial para el equilibrio del mercado al afectar la libre y leal competencia, pues los lavadores no actúan siguiendo parámetros económicos y asumen conductas ajenas a la lógica del mercado: por ejemplo, con la finalidad última de «legalizar» la ganancia criminal suelen ofrecer bienes o servicios por debajo de los precios de mercado, lo cual redundaría en detrimento de los competidores que concurren con fondos lícitos, que pueden verse desplazados o incluso desaparecer (Gómez, ; Fabián, 1998; Bottke, 1998). Y en cuanto a los perjuicios a nivel

macroeconómico, se destacan la pérdida del control de la política económica por el Estado, la distorsión e inestabilidad económica, así como la inestabilidad financiera y los riesgos para la inversión¹².

Es por ello que tanto el legislador como el intérprete deberían concebir al lavado de activos como el *proceso orientado a integrar en el circuito económico-financiero lícito el producto de alguno de los delitos previos, ocultando su procedencia, a fin de concederle apariencia de legalidad y lograr su disfrute pacífico*.

La sentencia en comento parece acoger este criterio interpretativo, pues si bien en la argumentación se remarca el propósito del acusado de ocultar el origen delictivo del dinero invertido en Cuba –lo cual es propio de la perspectiva encubridora ya rechazada–,¹³ ello queda relegado a un segundo plano cuando se razona *obiter dictum* que la conducta típica de lavado (en este caso, de autolavado) «va más allá de gastar el producto del delito en la obtención de bienes para el disfrute personal», y exige «el propósito de hacer circular el dinero sucio por la economía legal».

Pero quizás el pronunciamiento más relevante de esta resolución, dada su trascendencia a la interpretación de este delito, es el de haber cifrado su objeto jurídico en la «licitud del tráfico de bienes en la economía legal». Esta opción interpretativa, que se desvincula de la ubicación sistemática de esta

figura en el CP,¹⁴ es congruente con la fenomenología del lavado y constituye el punto de partida para restringir teleológicamente el ámbito aplicativo del art. 346 del CP¹⁵.

En contra de la postura de *lege lata* – mayoritariamente respaldada por la jurisprudencia¹⁶ y los autores patrios¹⁷ – no se debe considerar a la Hacienda Pública como el objeto de tutela de esta figura penal¹⁸. Según se deduce del Por Cuanto tercero del Decreto-Ley N°150/1994, el sentido del Título XIV del CP es el de reprimir comportamientos que afecten el interés patrimonial de la Administración Tributaria a consecuencia de incumplir el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos,¹⁹ y está claro que tal situación no se produce en los supuestos de lavado de activos.

Como bien remarca un cualificado sector de la doctrina tributarista, el cumplimiento del deber de contribuir presupone que el obligado tributario goce de «la titularidad de un patrimonio o de una renta, aptos en cantidad y calidad para hacer frente al pago del impuesto, una vez cubiertos los gastos vitales ineludibles del sujeto» (Sainz de Bujanda, 1963, p. 190), por lo que éste sólo es exigible respecto a la riqueza que el sujeto posea con causa en un vínculo jurídico reconocido y protegido por el Derecho (Soler, 1995; Galarza, 2008).

No es posible sostener, por ende, que el rendimiento económico derivado de un delito califique como índice de capacidad contributiva, pues si bien desde la perspectiva

económica los activos de origen criminal representan un indiscutible aumento de riqueza, esta solo existe en sentido material y no jurídico: el ordenamiento legal no reconoce ni protege derecho subjetivo alguno sobre dichos fondos ilegales y, por ello una conducta delictiva no puede ser considerada como un hecho imponible.

Que el delito no constituye una forma de adquirir la propiedad es una cuestión unánimemente aceptada, y en el plano normativo nacional baste la referencia al art. 185.2 del Código Civil (CC), que se pronuncia sobre la imposibilidad legal de que los autores o cómplices de delito puedan adquirir por usucapión los bienes poseídos por medios delictuosos. En coherencia con ello, el CP reconoce la obligación de restituir los bienes objeto del delito (art. 70.1 CP en relación con los arts. 82 y 83, inciso a), del CC), al tiempo que prevé la preceptiva sanción accesoria consistente en el comiso de los bienes que procedan directa o indirectamente de aquel (art. 43.1 CP)²⁰.

Por lo dicho, el TSP acierta al asumir la ofensividad socioeconómica de las conductas de lavado, y más aún al afirmar que es la *licitud del tráfico de bienes en la economía legal* la concreta dimensión del orden económico cubano que se ve comprometida por este fenómeno delictivo. Se trata de una postura congruente con la fenomenología del blanqueo y con los caracteres básicos que definen el modelo económico cubano,²¹ que se encuentra

avalada asimismo por la confesión legislativa contenida en el Decreto Ley 317/2013, en el que se expresa que la armonización de la normativa nacional a los estándares globales persigue en última instancia «preservar la licitud de los fondos que circulan por el país e impedir así que puedan relacionarse con otros provenientes de actividades ilícitas»²².

El acceso de ingentes cantidades de activos originados en actividades delictivas al circuito económico lícito incide sobre la rectoría estatal en la economía, que deriva del art. 19 de la recién aprobada Constitución de la República de Cuba: una de las manifestaciones de la dirección planificada de la economía es, precisamente, la de controlar la circulación de bienes en el tráfico económico y financiero, que debe desarrollarse con base en capitales lícitos por imperio del principio de legalidad; pues como bien ha destacado Fernández de Cevallos y Torres, en la consecución de los fines sociales y económicos, los Estados actúan en el proceso económico –interno y externo– con base en capitales lícitos, puesto que no puede ser de otra forma en tanto que un Estado sólo existe dentro de un orden jurídico (Fernández,).

No cabe ninguna duda de que el modelo económico impuesto por la Constitución sólo se garantiza a través de la incolumidad del tráfico legal de bienes; por ello, al Estado le interesa mantener delimitadas las fronteras entre el circuito económico lícito y el ilegal. El control estatal sobre la economía regular procura

excluir de ese ámbito el flujo de capitales originados en actividades delictivas, que además de no servir a los intereses generales – por no estar sujetos a tributación (Corcoy, 1999) pueden llegar a contaminar el sistema económico y producir efectos desestabilizadores sobre el mercado y respecto al sistema financiero²³.

Es por eso que de *lege ferenda* el delito de lavado debiera reconducirse al rubro de los delitos contra la economía nacional (actual Título V del CP), a fin de evitar el incorrecto emparentamiento que por razones de ubicación sistemática se aprecia hoy entre este delito y el de evasión fiscal; cuestión absolutamente injustificada en tanto que, como ha remarcado Fabra Valls (2015) ambas figuras penales reprimen «comportamientos diametralmente opuestos, en la medida en que en el fraude fiscal se trata de ocultar rentas de origen lícito mientras que en el blanqueo la finalidad es, precisamente, la contraria, aflorar rentas de origen ilícito» (p. 303).

Autolavado y *non bis in idem*: irrelevancia típica de los actos de mero consumo o disfrute del producto del delito previo

Doctrina y jurisprudencia se refieren al autolavado o autoblanqueo para designar aquellos supuestos en los que es el propio partícipe en el delito que genera los activos quien procede a su «reciclaje», mediante la realización de alguna de las conductas descritas en el art. 346 del CP.

Entre los autores no reina acuerdo respecto a la legitimidad de incriminar esta clase de comportamientos, y en el centro de la polémica se ubica el estándar internacional trazado por las Convenciones de Palermo y Mérida, que contemplan al autolavado dentro del modelo de tipificación condicionada y dejan en manos de los legisladores nacionales la facultad de penalizarlo o no, sujetando tal decisión a la contabilidad de esta modalidad típica con los principios constitucionales y conceptos fundamentales rectores de su Derecho interno²⁴.

A diferencia de legislaciones como la mexicana o la española, que incluyen una cláusula de punición expresa del autoblanqueo con el fin de despejar toda duda al respecto,²⁵ el legislador cubano no se ha pronunciado sobre la cuestión, y la jurisprudencia nacional tampoco se ha esforzado demasiado en ofrecer argumentos que clarifiquen la viabilidad jurídica de sancionar esta clase de comportamientos, pese a que en una buena parte de las causas radicadas por este delito se han juzgado y sancionado supuestos de autolavado²⁶.

No es posible ahora abordar *in extenso* el debate doctrinal sobre la incriminación del autolavado (Blanco, 2012; Durrieu 2017), baste apuntar, por lo que aquí interesa, que lo verdaderamente relevante es analizar si los nuevos actos ejecutados por el interviniente en el delito previo sobre a las ganancias derivadas

de aquel poseen la capacidad para afectar el bien jurídico protegido por el art. 346 del CP – que, como se analizó, se cifra en la licitud del tráfico económico y financiero–; o si, por el contrario, no pasan de integrar una conducta de simple aprovechamiento o disfrute del producto de la infracción penal precedente, en cuyo caso se estaría ante a un acto posterior copenado que, de sancionarse nuevamente, conduciría a la vulneración de los principios de ofensividad y *non bis in idem*.

La clave está en entender que no todo destino final de la ganancia delictiva integra una conducta de lavado. Aunque los actos transmisivos resultan en principio idóneos para garantizar el enmascaramiento de los activos sucios y favorecer su reconducción al tráfico económico legal, en tanto implican el traslado de un patrimonio a otro con la consecuente modificación de titularidad; habrá que determinar en cada caso si la conducta enjuiciada produce efectivamente el «retorno» de los activos sucios al circuito económico lícito –lo que acontece cuando tiene lugar una inversión económica o financiera–, o si sólo comporta la simple transformación del producto del delito en bienes de consumo para ser disfrutados por el interviniente en el delito previo.

Para establecer cuándo un comportamiento de transmisión/adquisición posee idoneidad para garantizar el retorno del capital sucio a los cauces económicos oficiales, y determinar si la

conducta en cuestión satisface las exigencias de ofensividad del art. 346 del CP, se debe tomar en cuenta el sentido de las categorías económicas «inversión» y «consumo».

Se produce una inversión cuando se adquieren bienes para ser empleados en tareas productivas y obtener algún rendimiento (inversión económica), o cuando se coloca en el mercado financiero una suma de dinero con la esperanza de obtener una renta positiva posterior (inversión financiera); mientras que por consumo o gasto de consumo personal se entiende el gasto de las familias en bienes y servicios finales, dentro de los que se incluyen los *bienes duraderos* (vehículos y partes de motor, muebles y equipamiento doméstico, etc.), *bienes no duraderos* (alimentos, prendas de vestir y calzado, electrodomésticos, etc.) y *servicios* (gastos en concepto de alquiler de vivienda, servicios domésticos, transporte, esparcimiento, etc.)²⁷.

Estas consideraciones no han sido tomadas en cuenta por los tribunales cubanos, que en línea jurisprudencial estable han residenciado en el delito de lavado supuestos inidóneos para ocasionar el retorno de los activos sucios al tráfico económico legal, al hilo de una interpretación estrictamente literal del art. 346 CP. En este sentido, el TSP ha llegado a afirmar que se integra el delito de lavado de activos «(...) simplemente cuando una persona posea, tenga, administre o utilice dicho producto o ganancia a sabiendas de su origen ilícito o trate

de ocultar o impedir la determinación de su verdadero origen»²⁸; y se han sancionado, conforme a este título de imputación, conductas completamente ajenas a la órbita significativa del blanqueo, como la compraventa de bienes para uso personal con dinero procedente de delitos de corrupción,²⁹ o el gasto de los rendimientos de un delito propio en la reparación del inmueble de un familiar³⁰.

El mérito de la sentencia que se comenta reside, precisamente, en tomar distancia del citado criterio de interpretación, que propicia una expansión injustificada y peligrosa del delito de lavado. Aunque el sentido del fallo es condenatorio, en tanto se estima que el hecho enjuiciado ciertamente integra un supuesto de autolavado,³¹ la Sala afirma, con razón, que se debe «analizar, en cada asunto concreto, si las operaciones que realiza el autor o partícipe del delito previo sobre las ganancias derivadas de aquel, afectan realmente la licitud del tráfico de bienes en la economía legal». Este pronunciamiento constituye una clara llamada de atención sobre la necesidad de interpretar el alcance del art. 346 del CP conforme a las exigencias impuestas por el principio de ofensividad, al tiempo que deja sentado que se debe descartar la aplicación del lavado en los supuestos en los que solo se verifica el simple disfrute del producto originado en el delito previo, puesto que tal conducta queda embebida dentro de la fase de agotamiento de esa infracción precedente de la que trae causa el bien poseído.

Lo que la sentencia viene a decir, en definitiva, es que frente a los supuestos de transmisión/adquisición de activos sucios habrá que definir si ciertamente se está ante un comportamiento de reintegración de los rendimientos del delito al tráfico económico legal, capaz de conmovir el bien jurídico tutelado por el art. 346 del CP; o si sólo se trata de un simple gasto del producto del delito precedente, realizado por quien ha participado en él, para obtener bienes destinados al propio disfrute; pues en este último caso tiene lugar un concurso aparente entre la infracción penal previa y el lavado, que debe ser resuelto por vía del principio de consunción, aplicando exclusivamente el delito previo, porque en tales casos (en los que las conductas resultan inidóneas para comprometer la licitud del tráfico económico y financiero) no se aprecia un desvalor distinto al generado por el hecho precedente, que ya comprende dentro de sí la realización del beneficio perseguido y obtenido (agotamiento).

Este criterio, que busca restringir el ámbito aplicativo del delito con apoyo en el contenido de ofensividad inherente a la prohibición de lavar activos, ha sido defendido por un sector cada vez más amplio (y cualificado) de la doctrina italiana y española,³² y últimamente ha sido acogido por el Tribunal Supremo español a la hora de interpretar el alcance del tipo de blanqueo de capitales previsto en el art. 301 del CP español, cuya configuración es análoga a la del art. 346 del CP cubano. Conforme a la

jurisprudencia de ese Alto Tribunal, la conducta incriminada en el art. 301 de CP exige la «idoneidad de los comportamientos imputados para incorporar bienes ilícitos al tráfico económico», en el entendido que la característica principal del blanqueo de capitales radica en sancionar el «retorno» de los bienes generados de forma ilícita al circuito económico legal.

En este sentido es paradigmática la Sentencia No. 265/2015, de 29 de abril, del Tribunal Supremo español –que viene a consolidar una línea jurisprudencial que venía gestándose desde el año 2010–,³³ en tanto remarca que lo sancionado por el blanqueo no es el mero disfrute o aprovechamiento de la riqueza procedente del delito, sino su retorno al ciclo económico: «(...) la razón de política criminal de estos tipos delictivos es evitar que los autores de delitos logren la incorporación al tráfico económico legal, de los bienes, dinero, ganancias y beneficios procedentes de sus actividades delictivas». Esta resolución también destaca la idoneidad lesiva de los gastos de inversión, dentro de los que se incluyen:

*(...) la adquisición de negocios o empresas, de acciones o títulos financieros, de inmuebles para ser revendidos, etc., pues a través de esas adquisiciones se pretende, ordinariamente, obtener, mediante la explotación de los bienes adquiridos, unos beneficios blanqueados, que oculten la procedencia ilícita del dinero con el que se realizó su adquisición.*³⁴

La opción de extender el ámbito del autolavado a los comportamientos que no ocasionan el retorno de los activos sucios a la economía legal parece responder a la lógica de «congelar» la ganancia delictiva en manos del interviniente en el delito previo³⁵. Pero resulta que esta finalidad, con ser legítima, no compete al delito de lavado –que tiene un ámbito mucho más limitado a partir del bien jurídico que tutela–,³⁶ sino a figuras que tienen por objeto, precisamente, el desmantelamiento de situaciones patrimoniales ilícitas y la captura de ganancias procedentes del delito, como la confiscación y el decomiso, que operan respecto a cualquier bien de procedencia ilícita aun cuando su uso o disfrute no suponga su reintegro al circuito económico legal³⁷.

A modo de conclusiones: lo que la sentencia puede significar de cara a pronunciamientos futuros

El hecho de que el art. 346 del CP no contemple una referencia expresa a la punición del autolavado no debe conducir a negar su relevancia típica. Es cierto que la evaluación jurídica de los comportamientos postconsumativos ejecutados sobre el producto de un delito por parte de quien participa en él despierta la duda de si es legítimo sancionarlos acumulativamente –en concurso real–, sin que ello suponga un quebranto de la prohibición de *bis in idem*; pero existen argumentos convincentes que permiten despejarla.

El lavado es un delito autónomo, que reprime conductas que atentan contra un bien jurídico socioeconómico, distinto al ofendido por la infracción penal previa: por un lado, está el hecho que origina el producto a lavar; y, por otro, la conducta de reintegración de aquel en el circuito económico lícito. Se trata de comportamientos distintos, merecedores de un reproche penal independiente, y por eso no existe riesgo de doble valoración y sanción. El rechazo rotundo a la punición del autolavado daría lugar a situaciones de impunidad y, por ello, debe descartarse.

La clave está en asumir una línea de *prudentia iuris* en la interpretación de esta modalidad delictiva a fin de establecer cuándo se está en presencia de auténtico supuesto de autoblanqueo y cuándo no. Cabría apreciar esta variante, sin que ello comporte riesgo alguno para los mencionados principios penales, en los casos en los que se produce la reinversión y rentabilización de los activos sucios en negocios productivos legales;³⁸ pero no cuando son empleados directamente en gastos de adquisición de bienes o servicios para el propio uso o disfrute de quien ha tomado parte en la infracción penal previa.

Y este parece ser el rumbo que emprende la sentencia objeto de análisis, cuyos argumentos jurídicos, tan concisos como sólidos, deberían erigirse en línea jurisprudencial estable. La distinción entre actos de reintegración del producto de un delito al circuito

económico/financiero legal y actos de simple consumo o disfrute es una vía segura y razonable para acotar los límites de lo penalmente relevante en esta figura –tanto en lo que se refiere al autolavado como al blanqueo cometido por terceros–, que permitiría contener una desmesurada y disfuncional aplicación del art. 346 del CP, contraria a los principios de ofensividad y *non bis in idem*.

Quien simplemente consume o se aprovecha del producto de un delito cometido por un tercero no estaría cometiendo un delito de lavado; sino, en todo caso, una receptación siempre que el delito previo hubiere afectado derechos patrimoniales y concurren el resto de exigencias objetivas y subjetivas de esta figura.

En cualquier caso, si lo que se quiere es prevenir la comisión de este tipo de hechos en el futuro, debería tenerse muy presente que el desmantelamiento de la situación patrimonial ilícita –vía confiscación o decomiso, acompañado en la medida de lo posible de sanciones pecuniarias– ofrece mayor eficacia disuasoria que la imposición de penas altas de privación de libertad. El ataque a la ganancia delictiva transmite a los grandes delincuentes que actúan motivados por la obtención de lucro el mensaje de que su delito no les compensará y que lo perderán todo (*crime doesn't pay*); y si estos perciben, tras un análisis coste/beneficio, que tales medidas funcionan, es muy probable que se comporten sin preferencia por el riesgo y opten por no delinquir ya que el delito no sería

«rentable». Es por ello que una buena opción político-criminal sería el recurso a la vía administrativa sancionadora prevista en el Decreto Ley 149/1994; o, en casos ciertamente excepcionales, al propio tipo penal de *enriquecimiento ilícito* (art. 150.2 CP), que posee una naturaleza subsidiaria en el combate de la delincuencia económica y que, al contemplar las penas de multa junto al decomiso (y la confiscación), permite ofrecer una respuesta penal más ajustada a los fines preventivos.

No se debe pasar por alto que el delito de lavado de activos es solo una pieza dentro del conjunto de medidas represivas que integran la estrategia político-criminal orientada a reaccionar contra las situaciones patrimoniales ilícitas que se constituyen a partir de las ingentes ganancias generadas por la delincuencia económica de altos vuelos. El enfrentamiento a la constitución de grandes masas de activos ilícitos demanda un enfoque integral que enlace acciones preventivas y represivas, tanto penales como no penales; y es por ello que esta figura delictiva debe ser comprendida e interpretada dentro de los límites que se derivan de la naturaleza fenomenológica de este tipo de conductas y del juicio de ofensividad que les es propio. Su ámbito de aplicación, por tanto, debe quedar circunscrito a aquellos supuestos en los que se aprecie verdaderamente un riesgo de distorsión económica, a partir de la modalidad de la especial significación de la conducta ejecutada,

que ha de ocasionar un retorno del producto del delito al torrente económico legal; y de la cuantía de los activos involucrados en ella, que ha de ser suficientemente elevada.

En tiempos en que el delito de lavado experimenta una peligrosa voracidad, auspiciada por los imperativos político-criminales que subyacen a los estándares internacionales de penalización de esta figura (López, 2018), es digno de aplaudir que sean los jueces quienes logren limitarla por vía de una interpretación teleológica y garantista, absolutamente necesaria si se toman en serio la vigencia de principios irrenunciables en el marco de un Derecho penal propio de un Estado de Derecho. Como ya se dijo, otros delitos y medidas de aplicación subsidiaria, como la receptación, el encubrimiento, el enriquecimiento ilícito, el decomiso y la extinción de dominio que opera en vía administrativa en virtud de la aplicación del DL 149/1994, también componen la estrategia político-criminal de reacción ante los activos ilícitos, por lo que es preciso obrar cuidadosamente y seleccionar en cada caso la medida idónea: aquella que, respetuosa con las garantías penales, ofrezca una mayor utilidad en términos de prevención especial y de disuasión frente a posibles infractores.

Notas:

* El presente trabajo se inscribe dentro del Grupo de Investigación “El Derecho frente a los nuevos cambios sociales”, del Departamento de Derecho

de la Universidad de Matanzas, Cuba; y es resultado de las acciones desarrolladas en el marco del del Proyecto de Investigación I+D+i “Corrupción y delincuencia económica. Estrategias preventivas y reactivas en el contexto de actualización del modelo socioeconómico cubano” (Ref. P7751MT001-001).

¹ Vid. Primer Resultando de la Sentencia No. 84, de 31 de mayo de 2018, de la Sala Primera de lo Penal del Tribunal Provincial Popular de Villa Clara.

² Vid. Primer Considerando de la Sentencia No. 84, de 31 de mayo de 2018, de la Sala Primera de lo Penal del Tribunal Provincial Popular de Villa Clara.

³ Vid. Primer Considerando de la Sentencia No. 1307/2018, de 12 de agosto, dictada por la Sala de lo Penal del TSP.

⁴ En la aún escasa jurisprudencia cubana sobre el delito de lavado de activos se constatan opiniones divergentes en cuanto al bien jurídico tutelado por esta infracción penal. Si bien la mayoría de las sentencias se alinean al criterio (cuestionable) seguido por el legislador e identifican a la *Hacienda Pública* como el bien jurídico directamente protegido por este delito, aun y cuando en alguna de ellas se apueste por la pluriofensividad de estas conductas (*vid.* nota 19); otros pronunciamientos hace referencia a intereses diversos, aunque conectados con la noción más general de *orden económico* o *sistema económico*, como “la *estabilidad de la competencia comercial y el mercado*” (Sentencia No. 123, de 21 de noviembre de 2016, de la Sala 2ª de lo Penal del TPP La Habana, 5to Considerando), “las *bases financieras del Estado*” (Sentencia No. 44, de 27 de abril de 2018, de la Sala 1ª de lo Penal del TPP Sancti Spíritus) o “la *seguridad y credibilidad de los sistemas bancarios, de los flujos financieros y*

de la legitimidad de los bienes” (Sentencia No. 1584, de 28 de septiembre de 2018, de la Sala de lo Penal del TSP).

⁵ Estas concepciones se reflejan en los modelos legislativos del Derecho comparado. Una tendencia mayoritaria se proyecta por entender que el lavado es un delito económico; sin embargo, otros ordenamientos incluyen esta figura bajo el rubro de los delitos contra la Administración de Justicia, perpetuando así la confusa cercanía entre esta infracción y los tipos de encubrimiento y receptación.

⁶ Vid., entre otros, Barral, Jorge E., *Legitimación de bienes provenientes de la comisión de delitos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 38, quien entiende que con el proceso de lavado se busca “disimular el verdadero origen de los bienes para impedir que se los vincule con los delitos precedentes”.

⁷ Vid. Sentencias No. 193, de 21 de octubre de 2016 (1er Considerando) y No. 248, de 27 de diciembre de 2016 (1er Considerando), ambas de la Sala 1ª de lo Penal del TPP Matanzas; y Sentencia No. 44, de 27 de abril de 2018, de la Sala 1ª de lo Penal del TPP Sancti Spíritus (1er Considerando).

⁸ Vid. Sentencias No. 123, de 21 de noviembre de 2016 (1er Considerando), y No. 131, de 30 de noviembre de 2016 (1er Considerando); ambas de la Sala 2ª de lo Penal del TPP de La Habana. En esta misma línea, remarcando la perspectiva económica del blanqueo, la Sentencia No. 298, de 31 de marzo de 2017, de la Sala de los Delitos contra la Seguridad del Estado (en función de lo penal) del TSP, en la que se afirma que “en este ilícito la acción típica se produce cuando los bienes de origen delictivo previo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita (...)”; si bien resulta criticable que a renglón seguido –y en términos

poco exactos, como se analizará más adelante– se afirme que también se configura este delito “simplemente cuando una persona posea, tenga, administre o utilice dicho producto o ganancia a sabiendas de su origen ilícito o trate de ocultar o impedir la determinación de su verdadero origen” (6to Considerando).

⁹ Como sugieren Berdugo Gómez de la Torre y Fabián Caparrós, conviene “ser prudente a la hora de imputar por el delito de blanqueo a quienes no transforman o invierten capitales ilegales, sino que, simplemente, los consumen, disfrutan o ayudan a otros a hacerlo, por importantes que sean las cuantías implicadas”. Estos autores insisten, con razón, en que “estas conductas no forman parte de ese núcleo socio-económico que caracteriza al blanqueo, aproximándose más al terreno del encubrimiento real con o sin ánimo de lucro (...)”. Vid. Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y Fabián Caparrós, Eduardo A., “La emancipación del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español”, en Muñoz Conde, Francisco, *et. al.* (Dirs.), *Un Derecho penal comprometido –Libro homenaje al Profesor Dr. Gerardo Landrove Díaz–*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 123. Les sigue, Arias Holguín, Diana P., Arias Holguín, Diana P., *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP)*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 323-324.

¹⁰ El propósito de ocultar el producto del delito por parte de los delincuentes es una “cuestión natural” que ha estado presente en todas las épocas, en la lógica suposición de que el descubrimiento de tales fondos por parte de las autoridades conduciría obviamente al descubrimiento de los delitos que los generaron. Vid. Álvarez Pastor, Daniel y Eguidazu Palacios, Fernando, *Manual de*

Prevención del Blanqueo de Capitales, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 15; Bermejo, Mateo G., *Prevención...cit.*, pp. 107 y 109. De interés, en lo que se refiere al ensombrecimiento instrumental ínsito a la fenomenología del lavado, la Sentencia No. 1972, de 14 de noviembre de 2016, de la Sala de lo Penal del TSP, que sostiene que el lavado de activos debe ser entendido como “un proceso en que el dinero obtenido ilícitamente se busca inmediatamente ocultar su fuente originaria, y después dotar a esos bienes de una apariencia de legitimidad que garantice su acceso a la economía legal para poder disponer libremente de ellos” (6to Considerando).

¹¹ En la doctrina cubana se pronuncian a favor de la naturaleza económica del lavado: Moret Hernández, Oscar L., “Delitos contra la Hacienda Pública”, en Colectivo de Autores, *Derecho Penal Especial*, Tomo II, Félix Varela, La Habana, 2005, p. 319; Goite Pierre, Mayda y Medina Cuenca, Arnel, “El delito de lavado de activos. Necesario análisis desde una dimensión plural”, en Armienta Hernández, Gonzalo, *et. al.* (Coords.), *El lavado de dinero en el siglo XXI. Una visión desde los instrumentos jurídicos internacionales, la doctrina y las leyes en América Latina y España*, Universidad Autónoma de Sinaloa-Unijuris, Sinaloa, 2015, p. 38; Gálvez Puebla, Iracema y Pérez Duharte, Arlín, “El delito de lavado de activos: nudos problemáticos en su configuración”, en Armienta Hernández, Gonzalo, *et. al.* (Coords.), *El lavado...cit.*, pp. 232-233; López Rojas, Dayan G., *El delito...cit.*, pp. 95-97.

¹² El lavado puede llegar a afectar el control estatal sobre la política económica no sólo por el hecho de que, en ciertos casos, la magnitud de los fondos ilegales acapare el mercado o monopolice ciertas economías; sino también porque a consecuencia

del actuar de los blanqueadores —que invierten donde existe menor posibilidad de ser detectados y no mayor tasa de interés— no es posible llevar a cabo una política económica seria, ni un plan de crecimiento adecuado, que deben basarse en datos extraídos de realidades medibles en el mercado, que indiquen con claridad cuáles son los sectores en los que se debe invertir en aras de alcanzar una producción de bienes y servicios que sirvan al crecimiento económico del país. *Vid.* Fernández de Cevallos y Torres, José, *Blanqueo de capitales y principio de lesividad*, Ratio Legis, Salamanca, 2014, pp. 141 y 142. El hecho de que el cuantioso flujo de capitales objeto de lavado se concentre en inversiones de baja calidad (y no en las más sólidas y de mayor rendimiento, según las expectativas del mercado), ocasiona distorsiones e inestabilidad económica; y a modo de ejemplo Fernández de Cevallos y Torres destaca que ha habido casos en los que se han financiado industrias completas, como la de la construcción y la hotelera, no con base en la demanda real, sino por el interés a corto plazo del lavado de dinero; e insiste este autor en las consecuencias que se han derivado de ello: “cuando esas industrias dejan de ser interesantes para el blanqueo, se abandonan dirigiendo los capitales a otro sector, con lo cual se causa un desplome y quiebra generalizada de los sectores abandonados, con un daño inmenso en las economías que los sufren” (p. 143). Los supuestos de lavado en los que se recurre al sector financiero y bancario para “legitimar” el producto de una actividad delictiva pueden ocasionar afectaciones reputacionales a esas entidades, con trascendencia a la estabilidad y solidez del propio sistema financiero, y a la confianza en su correcto funcionamiento; de hecho, una de las posturas de mayor predicamento doctrinal asume que la

prohibición penal de lavado tiende a tutelar dichos aspectos. Vid. Vidales Rodríguez, Caty, *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 93; Faraldo Cabana, Patricia, “Aspectos básicos del blanqueo de bienes en el Código Penal de 1995”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, No. 21, 1998, p. 129; González Cussac, José L., “Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (y XII): Receptación y blanqueo de capitales”, en González Cussac, José L. (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 525. La mala imagen internacional que supone el ser un “Estado complaciente” con el blanqueo de capitales llega a provocar que eventuales inversores se replanteen instaurar sus negocios en dichos países. Vid. Blanco Cordero, Isidoro, “La lucha contra el blanqueo de capitales procedentes de las actividades delictivas en el marco de la Unión Europea”, en *Eguzkilore*, No. 15, 2001, pp. 14-18.

¹³ Hay que tener en cuenta que tal finalidad, que no se exige con carácter general en esta figura, siempre concurre en la modalidad de “autolavado”, por lo que es razonable que se remarque en el caso concreto, en el que se juzga precisamente esta variante típica.

¹⁴ Esta postura del TSP ratifica que la ubicación sistemática de los tipos en el CP no permite identificar siempre, y en todos los casos, el bien jurídico específicamente tutelado por la concreta figura penal.

¹⁵ A favor de entender que es el *tráfico lícito de bienes* el objeto de tutela específico de este delito, me pronuncié en López Rojas, Dayan G., *El delito...cit.*, pp. 95-97. Dentro de la doctrina especializada se muestran a favor de identificar

este elemento del orden socioeconómico como el objeto directo de la tutela penal en el delito de lavado, ya sea como bien jurídico exclusivo o formando parte de alguna variante pluriofensiva: Del Carpio Delgado, Juana, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 86; Díaz-Maroto y Villarejo, Julio, *El blanqueo...cit.*, p. 14; Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 605-607.

¹⁶ A favor de entender que es la Hacienda Pública el bien jurídico directamente tutelado por el art. 346 del CP, vid. Sentencia No. 105, de 16 de mayo de 2016, de la Sala de lo Penal del TPP Cienfuegos: “(...) la figura calificada está concebida en nuestro ordenamiento jurídico para proteger un bien jurídico distinto al perseguido por aquella figura delictiva [tráfico de drogas], que lo es la hacienda pública (...)” (1er Considerando); Sentencia No. 193, de 21 de octubre de 2016, de la Sala 1ª de lo Penal del TPP Matanzas: “los encartados afectaron bienes jurídicos de alta relevancia para el debido funcionamiento y sustento de nuestro país, es el caso de la hacienda pública (5to Considerando); Sentencia No. 123, de 21 de noviembre de 2016, de la Sala 2ª de lo Penal del TPP La Habana: “Los hechos que se juzgan [afectaron] la hacienda pública en su sentido dinámico, por cuanto sufrió considerables pérdidas la captación de recursos financieros para el desarrollo y realización del ingreso y el gasto público en la difícil coyuntura económica que atraviesa el país, como consecuencia del actuar inescrupuloso y mezquino de quienes pretendieron enriquecerse o favorecieron la inversión de un capital ilícito en propiedades inmobiliarias, vehículos y servicios ilegales

particulares que resultan sumamente lucrativos en cualquier contexto social” (5to Considerando); Sentencia No. 248, de 27 de diciembre de 2016, de la Sala 1ª de lo Penal TPP Matanzas: “(...) estos encartados (...) afectaron de manera palpable la hacienda pública como un bien jurídico de alta relevancia para el debido funcionamiento y sustento de nuestro país” (5to Considerando); Sentencia No. 298, de 31 de marzo de 2017, de la Sala de los Delitos contra la Seguridad del Estado (en función de lo penal) del TSP: “(...) el lavado de activos (...) es un delito contra la Hacienda Pública, pluriofensivo, de contenido patrimonial, con negativos efectos en el ámbito económico-financiero (...)” (6to Considerando).

- ¹⁷ Vid. De la Cruz Ochoa, Ramón, *Crimen organizado, tráfico de drogas, lavado de dinero y terrorismo*, Editorial Ciencias Sociales, La Habana, 2004, p. 319; Gálvez Puebla, Iracema y Pérez Duharte, Arlín, *El delito...cit.*, pp. 232-233; Mejías Rodríguez, Carlos A., *Derecho penal económico*, Félix Varela, La Habana, 2015, p. 53. Asumen una concepción amplia y pluriofensiva del bien jurídico protegido, e incluyen a la Hacienda Pública dentro de la estela de intereses tutelados por esta figura penal, Torres Aguirre, Armando, “La internacionalización del lavado de activos. Su regulación jurídico-penal en Cuba”, en Goite Pierre, Mayda (Coord.), *Globalización, delincuencia organizada, expansionismo penal y Derecho penal económico en el siglo XXI*, Editorial Unijuris, La Habana, 2015, p. 426, y Goite Pierre, Mayda y Medina Cuenca, Arnel, *El delito...cit.*, p. 38. De otra opinión, Hernández de la Guardia, quien defiende la misma línea argumental que aquí se sigue y rechaza que los actos de lavado afecten la Hacienda Pública. Vid. Hernández de la Guardia, Diana, *El delito de*

blanqueo de capitales (El delito de lavado de dinero: cuestiones de política criminal y análisis del delito en el Código Penal cubano desde la perspectiva de la doctrina española), Tesis doctoral presentada para la colocación del grado de Doctor en Derecho, Universidad de Valencia, Valencia, 2004, pp. 212-215 y 218-219.

- ¹⁸ Sobre esta cuestión, con más detenimiento, vid. López Rojas, Dayan G., “La tributación por ganancias delictivas. A propósito de la Sentencia 451-2017, de 29 de marzo de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, No. 50, 2018, pp. 171-196.
- ¹⁹ Este cuerpo legal introdujo en el CP el Título XIV –que originalmente sólo contempló al delito de evasión fiscal–, como una de las medidas orientadas a “asegurar el más estricto cumplimiento de las obligaciones fiscales establecidas, o que se establezcan en el futuro”. Cfr. Tercer Por Cuanto del Decreto-Ley N°150/1994 en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria, No. 6, de 10 de junio de 1994.
- ²⁰ Obligar al delincuente a tributar por el producto de su delito entraña una seria disfunción criminógena, además de ser una opción de “escasa rentabilidad” para el Estado. El hecho de someter a tributación las rentas delictivas contribuye a ensombrear el origen del producto restante (que se ha “legitimado” de algún modo al pasar el control fiscal) y favorece su posterior integración en el circuito económico legal, cuando es precisamente eso lo que se quiere evitar mediante la prohibición penal de lavado. Y la “escasa rentabilidad” de esta opción político-criminal viene dada por el hecho de que el recurso al decomiso/confiscación resulta mucho más

coherente que la tributación, pues por la vía del impuesto el Estado sólo recibirá parte de la ganancia, dejando en manos del delincuente la mayor porción de activos sucios (que, como se ha dicho, obtendrá a partir de ese momento apariencia de legitimidad), mientras que a través de la acción confiscatoria el Estado absorbe la totalidad de la ganancia delictiva y, con ello, actúa con mayor contundencia sobre el talón de Aquiles de estas tramas delincuenciales. *Vid.* López Rojas, Dayan G., “Por partida doble: blanqueo y delito fiscal. A propósito de la inaugurada línea jurisprudencial del del Tribunal Supremo de Cuba sobre la tributación por ganancias delictivas”, en *Revista Boliviana de Derecho*, No. 27, 2019, p. 236, nota 43.

²¹ En Cuba se mantiene el predominio de la planificación central y la propiedad estatal sobre la propiedad no estatal, aunque las positivas reformas acontecidas en el contexto socioeconómico le asignan al mercado un papel más relevante, en consonancia con la consolidación constitucional de los actores económicos que integran el sector no estatal. *Cfr.* Arts. 18, 19 y 21 de la Constitución de la República de Cuba.

²² *Cfr.* Por Cuanto segundo del DL 317/2013.

²³ Aunque gozan de especial predicamento las posturas que identifican a la “competencia leal” como bien jurídicos específicamente atacado por las conductas de blanqueo (*vid.* Gómez Inieta, Diego J., *El delito...cit.*, p. 41; Fabián Caparrós, Eduardo A., *El delito...cit.*, pp. 216-218; Aránguez Sánchez, Carlos, *El delito...cit.*, p. 98; Bottke, Wilfried, *Mercado...cit.*, pp. 13-15; y a “la estabilidad y solidez del sistema financiero” y “la confianza en su correcto funcionamiento” (*vid.* Vidales Rodríguez, Caty, *Los delitos...cit.*, p. 93;

Faraldo Cabana, Patricia, *Aspectos...cit.*, p. 129; González Cussac, José L., *Delitos...cit.*, p. 507); hay que tener en cuenta que la afectación a estos elementos del orden económico es en todo caso eventual, dependiendo de la concreta tipología o manifestación del lavado y de cuál sea el ámbito en el que se desarrolle. Los riesgos para la libre y leal competencia estarán más próximos a producirse si los blanqueadores actúan como competidores o empresarios mercantiles; mientras que el peligro para la estabilidad y solidez del sistema financiero, y para la confianza en su correcto funcionamiento, sería evaluable únicamente en los supuestos de “blanqueo financiero”. En la medida en que el legislador ha tomado en cuenta la utilidad el tipo penal en cuestión para prevenir esos efectos socioeconómicos nocivos, estos elementos se integran a la *ratio legis* o bien jurídico mediato del art. 346 CP; pero en ningún caso deben ser considerados bienes jurídicos en sentido técnico.

²⁴ *Cfr.* Art. 6.2, inciso e), de la Convención de Palermo; y el art. 23.2, inciso e), de la Convención de Mérida. En esa línea, también, el párrafo sexto de la Nota Interpretativa de la Recomendación Tercera del GAFI. *Vid.* GAFISUD, *Las Recomendaciones del GAFI. Estándares internacionales sobre la lucha contra el Lavado de Activos, el Financiamiento del Terrorismo y de la Proliferación*, GAFISUD, 2012, p. 35. En el escenario americano, sin embargo, el Reglamento Modelo CICAD-OEA recomienda penalizar con igual intensidad todas las conductas de lavado, incluido el autolavado. *Cfr.* Art. 2, apartados 1, 2, 3 y 7, del Reglamento Modelo CICAD-OEA.

²⁵ El art. 400 bis del Código Penal Federal mexicano contempla como sujetos activos del delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita

“al que, por sí o por interpósita persona” realice cualesquiera de las conductas que conforman el tipo mexicano de blanqueo. Por su parte, el art. 301.1 del Código Penal español acota que la actividad delictiva antecedente al blanqueo puede haber sido cometida por el propio blanqueador o por tercera persona.

²⁶ El debate, sin embargo, sí se planteó en la causa No 136 de 2017, de la Sala 1ª de lo Penal del TPP de Sancti Spíritus, en la que se juzgó a un sujeto que empleó parte del capital originado en una trama de estafa contra el Medicare en los Estados Unidos de América, en el establecimiento y financiación de restaurantes y hostales en Cuba, así como en la compra de bienes destinados a la realización de estas actividades de prestación de servicios. La defensa del acusado solicitó la absolución por el delito de lavado (autolavado) argumentando que la conducta se inscribía dentro de la fase postejecutiva de la infracción previa y constituía, por tanto, un acto posterior copenado; a lo que el Supremo respondió –con argumentos discutibles, pero con acierto en la solución ofrecida al motivo del recurso–, que “(...) la tesis exculpatoria sostenida por el representante de la defensa de OOA sobre la existencia de un delito copenado en el actuar de su representado, no tiene mérito para su éxito, porque aunque es cierto que varios son los criterios cuando se está en presencia de la conducta del auto-blanqueo, teóricamente así denominada por la coincidencia en un sujeto de la autoría del delito precedente y la del lavado de activos; y algunos estudiosos del tema estiman, dada la naturaleza post-ejecutiva del delito de lavado de activos, que no debe punirse doblemente al infractor en tanto se trata de un hecho posterior copenado; tal postura no es concluyente ni rígida, porque los activos obtenidos del delito precedente

no requieren de lavado necesariamente, lo que rompe la continuidad o dependencia de la acción criminosa originaria para ser considerado un delito copenado, dada la línea directa y recta que debe tener en relación al completamiento, aseguramiento o agotamiento de aquel; por tanto, si los actos de lavado realizados se desvían del delito originario y fracciona la unidad objetiva y subjetiva de la acción inicial, adquiere autonomía el lavado de activos, como sucede en el actuar de OOA, cuyos actos realizados, en diferentes momentos y por varios años, estuvieron dirigidos a destinar el dinero ilícito a la conformación de un patrimonio en Cuba mediante la adquisición de bienes de elevado valor a través de varias personas y los puso en función de generar ingresos para sí, actos que tipifican el delito que acertadamente calificó el tribunal (...).”. *Vid.* Sentencia No. 1584, de 28 de septiembre de 2018, de la Sala de lo Penal del TSP (7mo Considerando).

²⁷ Dentro de las ciencias económicas también se califican de inversión (inversión jurídica) los actos en virtud de los que el inversor adquiere derechos sobre los bienes, como el derecho de propiedad, o el derecho al uso y disfrute derivado de un contrato de arrendamiento, por ejemplo; pero la propia teoría económica reconoce que no toda inversión jurídica lo es en sentido económico o financiero, de modo que lo determinante para distinguir entre actos de inversión y de consumo no es la dimensión jurídica de la transacción –que es común a ambos–, sino el aspecto económico o financiero de la operación. *Vid.* Samuelson, Paul A. y Nordhaus, William D., *Macroeconomía con aplicaciones a Latinoamérica*, 19ª ed., McGraw-Hill Interamericana, México D. F., 2010, pp. 110-111 y 122 y 402.

²⁸ *Vid.* Sentencia No. 298, de 31 de marzo de 2017, de la Sala de los Delitos contra la Seguridad del Estado (en función de lo penal) del TSP (6to Considerando).

²⁹ *Vid.* Sentencia No. 12, de 13 de febrero de 2017, dictada por la Sala 2ª de lo Penal del TPP de La Habana, en virtud de la cual se sancionó a un ciudadano cubano establecido en Panamá, titular allí de varias empresas inversionistas, que pagó comisiones ilegales al funcionario panameño que estaba al frente del Programa de Ayuda Nacional, a fin de que sus empresas fueran elegidas entre todas las que licitaban, lo que permitió que fuera contratadas en varias oportunidades. Parte del capital acumulado en esas contrataciones ilegales fue empleado por RHPB en la compra de viviendas y vehículos en territorio nacional.

³⁰ *Vid.* Sentencia No. 105, de 16 de mayo de 2016, dictada por la Sala de lo Penal del TPP de Cienfuegos (confirmada por la Sentencia No. 1972, de 14 de noviembre de 2016, de la Sala de lo Penal del TSP), en la que se estimó un acto típico de lavado el hecho de financiar con dinero procedente del narcotráfico las reparaciones y remodelaciones en la vivienda donde pernoctaba el acusado cuando viajaba de visita a Cuba, propiedad de sus tíos. En esta línea, también, la Sentencia No. 248, de 27 de diciembre de 2016, de la Sala 1ª de lo Penal del TPP de Matanzas, que resultó confirmada por la Sentencia No. 638, de 28 de abril de 2017, dictada por la Sala de lo Penal del TSP.

³¹ El TSP confirma la Sentencia No. 84, de 31 de mayo de 2018, dictada por la Sala 1ª de lo Penal del Tribunal Provincial Popular de Villa Clara, porque estima que el empleo de parte del capital procedente de una estafa cometida contra el Medicare en EE.UU., en la compra de un inmueble

y varios vehículos que luego se revenden, integra una auténtica trama de reciclaje en la que “más allá de gastar el producto del delito en la obtención de bienes para su disfrute personal, se advierte el propósito de hacer circular el dinero sucio por la economía legal a fin de borrar su origen oscuro”.

³² Tal postura fue defendida originalmente en Italia, al hilo del art. 648.ter.1 del CP, que incorpora una cláusula –tan peculiar como acertada– en virtud de la cual “no es punible la conducta para la cual el dinero, los bienes u otras utilidades se destinan al mero uso o disfrute personal”. Esta cuestión, impuesta de *lege lata*, fue defendida en el informe de la Comisión Fiandaca (comisión legislativa previa a la Ley No. 186/2014, que introdujo el autolavado en el CP italiano), en el que se planteó que el alcance del *autorinciclaggio* debía circunscribirse a los casos de inversión especulativa o empresarial, trascendiendo el uso para el mero disfrute personal del producto de la actividad criminal; criterio que también asumen otros autores dentro de la doctrina italiana. *Vid.*, con referencias, Mucciarelli, Francesco, “*Qualche nota sul delitto di autorinciclaggio*”, *Diritto Penale Contemporaneo*, No. 1, 2015, pp. 111 y 114. En España, un importante sector de la doctrina especializada ha retomado esta línea de pensamiento, de la que fue pionero Fabián Caparrós: “quien adquiere con dinero procedente de actividades delictivas un determinado bien o servicio para su disfrute en el mercado regular –un chalet, un todo-terreno, un collar de perlas, una grifería de oro (...), etc.– no está lavando rendimientos ilegales, sino pura y simplemente, consumiéndolos del mismo modo que lo haría un carterista o el estafador que engaña a su víctima con un fajo de recortes de periódicos cubiertos con un billete”. *Vid.* Fabián Caparrós, Eduardo A., *El*

delito...cit., p. 151. Les siguen, Aránguez Sánchez, Carlos, *El delito...cit.*, p. 177; Arias Holguín, Diana P., *Aspectos...cit.*, p. 343; Fernández de Cevallos y Torres, José, *Blanqueo...cit.*, p. 116; Gutiérrez Rodríguez, María, “Acelerar primero para frenar después: la búsqueda de criterios restrictivos en la interpretación del delito de blanqueo de capitales”, en *Revista General de Derecho Penal*, No. 24, 2015, pp. 17 y 18.

³³ *Vid.*, en esa línea, las Sentencias No. 313/2010, de 8 de abril; No. 884/2012, de 8 de noviembre; No. 245/2014, de 24 de marzo y No. 809/2014, de 26 de noviembre, todas de la Sala 2ª del Tribunal Supremo español.

³⁴ Así, entre otras, las Sentencias No. 149/2017, de 9 de marzo; la No. 362/2017, de 19 de mayo; la No. 583/2017, de 19 de julio, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo español.

³⁵ Esta línea interpretativa, que aquí se rechaza, consolida la muy criticada tendencia político-criminal emanada de los instrumentos internacionales que concibe al blanqueo como un “tipo de aislamiento”, que persigue a toda costa la excomunión económica de quienes realizan actividades delictivas generadoras de ingentes ganancias, aislándolos del sistema social e impidiéndoles todo contacto que pueda garantizarles el aprovechamiento perseguido; para lo cual se incriminan conductas consistentes en la mera adquisición, posesión y utilización de bienes de origen delictivo, ya sean ejecutadas por un tercero o, incluso, por quien ha intervenido en la infracción penal económicamente productiva (autolavado). *Vid.* López Rojas, Dayan G., *El delito...cit.*, pp. 66-71.

³⁶ Varios delegados participantes en los trabajos del GAFI defendieron que los comportamientos

adquisitivos, posesorios o de mera utilización no describen comportamientos propios de blanqueo, sino “un aspecto económico del delito del cual es necesario ocuparse genéricamente en un plan de acción comprensivo contra el blanqueo de dinero”. *Vid.* “Financial Action Task Force on Money Laundering, Report of 6 February, 1990”, en GILMORE, William C. (Edit.), *International Efforts to combat Money Laundering*, Grotius Publications, Cambridge, 1992, p. 11. En términos parecidos, *vid. Vid.* Lascuraín Sánchez, Juan A., “Blanqueo de capitales”, en De la Mata Barranco, Norberto J., et. al., *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 500.

³⁷ *Cfr.* DL 149/1994, relativo al procedimiento confiscatorio administrativo por enriquecimiento ilícito. Respecto al comiso, conviene apuntar que en el sistema penal cubano éste no sólo es aplicable cuando se impone una sanción principal, sino que habiéndose demostrado la ilícita tenencia de unos bienes que son “efectos” (ganancias) de un delito anterior, éstos resultan decomisables si al término de la fase investigativa se adopta una decisión de archivo, ya sea libre o provisional (*cfr.* art. 271.4 de la LPP y art. 43 del CP); e incluso en ciertos casos en los que se acuerda la absolución luego del juzgamiento: *vid.* Dictamen No. 232/1985, del CGTSP, en el que se aclara que “al aplicársele a un acusado los beneficios del artículo 8.2 del Código penal y resulta absuelto (...) si se trata de cosas de uso, tenencia o comercio ilícito, se procede al comiso conforme a lo establecido en el artículo 43-1 del Código Penal”.

³⁸ El “retorno” típico que precisa el delito de lavado se aprecia en algunos casos conocidos por los tribunales cubanos, en los que el dinero sucio fue empleado en la adquisición de bienes destinados a producir rendimientos legales. Estos *actos de*

inversión de la ganancia delictiva, ilustrativos de la dinámica y fenomenología propias del lavado, se aprecian en los hechos declarados probados en las Sentencia No. 131, de 30 de noviembre de 2016, de la Sala 2ª de lo Penal del TPP de La Habana; y No. 44, de 27 de abril de 2018, de la Sala 1ª de lo Penal del TPP de Sancti Spíritus. En la primera de las citadas resoluciones se sancionó a un sujeto que rentabilizó parte del capital sucio obtenido en actividades de narcotráfico perpetradas por él en Estados Unidos de América, en la adquisición de un microbús que puso en explotación mediante la actividad legal de transportista, valiéndose para ello de su madre, quien figuró como titular formal del vehículo y de la autorización legal a ejercer dicha actividad por cuenta propia. Como bien se refleja en el segundo resultando de dicha sentencia “(...) la utilización del microbús (...) en actividades de renta, para lo cual procuraron tener la licencia correspondiente y actuar como sujetos tributarios (...) en virtud de lo cual obtuvieron un importante volumen de ganancias López, resultó una prueba irrefutable de la pretensión de PTM de limpiar su dinero sucio de una forma aparentemente legal”. Y la misma apreciación jurídica cabe respecto a los hechos a los que se refiere la segunda de las sentencias citadas, en la que se sanciona a quien, tras estafar en una cuantía millonaria al Medicare en los Estados Unidos de América, empleó parte de esos fondos ilegales en el establecimiento y financiación de negocios de prestación de servicios en Cuba (restaurantes y hostales), así como en la compra de bienes destinados a garantizar el funcionamiento de esos negocios legales.

Referencias:

- Barral, J. E. (2003). *Legitimación de bienes provenientes de la comisión de delitos*. Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc.
- Bermejo, M. G. (2015). *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Un análisis jurídico-económico*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Blanco Cordero, I. (2012). *El delito de blanqueo de capitales*, 3ª Ed. Aranzadi, Cizur Menor.
- Díaz-Maroto y Villarejo, J. (1999). *El blanqueo de capitales en el Derecho español*. Madrid, España: Dykinson.
- Fabián Caparrós, E. A. (1998). *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid, España: Editorial Colex.
- Gómez Iniesta, D. J. (1997). *El delito de blanqueo de capitales en Derecho español*. Barcelona, España: Cedes.
- López Rojas, D. G. (2018). *El delito de lavado de activos. Bien jurídico y conductas típicas (Cuestiones dogmáticas y de política criminal al hilo de los estándares internacionales)*. Bogotá, Colombia: Leyer Editores.
- López Rojas, D. G. (2019). *Fundamentos político-criminales y dogmáticos para la reconfiguración legislativa y la aplicación del delito de lavado de activos en Cuba*. Tesis de Doctorado. Universidad de La Habana, Cuba.
- Botke, W. (1998). Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania. *Revista Penal*, 2, 13-15.
- Fabra Valls, M. (2015). La lucha contra el fraude fiscal y el blanqueo de capitales. En Vidales Rodríguez, C. (Dir.), *Régimen jurídico de la prevención y represión del blanqueo de capitales*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.

Durrieu Figueroa, R. (2017). *La ganancia económica del delito. Lavado de dinero, decomiso y financiamiento del crimen organizado y del terrorismo*. Buenos Aires, Argentina: Marcial Pons.

Conflicto de intereses:

El autor declara que no existen conflictos de intereses.

Fecha de enviado: 24/08/2020

Fecha de aceptado: 04/09/2020