

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Sección dirigida por el Prof. Dr. Luis Gracia Martín

OCULTACIÓN DE DINERO PROCEDENTE DEL NARCOTRÁFICO EN UNA CAJA DE SEGURIDAD (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 155/2002, de 19 de febrero)

MIGUEL ABEL SOUTO
Área de Derecho Penal
Universidad de Santiago

Sumario

I. Hechos. II. El derecho a la intimidad. III. La ocultación en una caja de seguridad de bienes delictivos. IV. Improcedencia de la atenuación por parentesco.

I. Hechos

La sentencia, dictada por nuestro Tribunal Supremo el 19 de febrero de 2002 y en la que actuó como ponente el magistrado Joaquín Delgado García¹, es fruto del recurso de casación n.º 1276/2000, presentado contra la sentencia de la Audiencia de Palma de Mallorca, que condenó, el 25 de octubre de 1999, a varios acusados por la introducción de cocaína en la isla de Menorca desde la Península.

Múltiples son los aspectos que tratan estas extensas resoluciones, mas nosotros sólo nos detendremos en la conducta de Enrique G. L.,

¹ El texto de la sentencia que se comenta puede consultarse en el *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, vol. II, 2002, marginal 3721, pp. 6486-6504.

sentenciado en Palma de Mallorca a la pena de tres años y cuatro meses de prisión así como a la multa de 54.100.000 pesetas a título de autor de un delito de blanqueo de capitales, condena confirmada por el Tribunal supremo. Sin entrar en el acierto que implica la solución final, hemos de salir al paso de algunas afirmaciones que tan alto tribunal deslizó en la sentencia sobre el derecho a la intimidad, la delimitación de los apartados primero y segundo del artículo 301 e, igualmente, en materia de circunstancia mixta en su vertiente atenuante.

A tales efectos procede reproducir los hechos que se entienden probados y que fundamentaron la autoría en un delito de blanqueo de dinero; a saber: Enrique G. L. ocultó, en una caja de seguridad abierta a su nombre en el Banco Sabadell, 23.150.000 pesetas provenientes del tráfico de drogas, una libreta de ahorros a nombre de Noemí C. M., referida a una cuenta de fondos de inversión con importe nominal de 11.900.000 pesetas y unos documentos que le habían sido entregados por la compañera de su hermano Domingo, Noemí. De manera que el dinero que Enrique se ofreció a ocultar no era suyo sino de Domingo así como de Noemí y tenía su origen en el tráfico de drogas por el que ambos fueron condenados en el mismo proceso, respectivamente, a título de autoría y complicidad.

II. El derecho a la intimidad

En primer lugar, sostiene el Tribunal supremo que la «diligencia judicial de apertura y registro de una caja de seguridad no produce incidencia alguna sobre... el derecho a la intimidad que se refiere a los lugares en que se desarrollan las actividades privadas de carácter personal o familiar... lo que nada tiene que ver con el contenido de una caja de seguridad en un banco por el carácter meramente patrimonial de lo que allí pudiera encontrarse... [ni] con los derechos fundamentales de orden sustantivo que se recogen en los tres primeros apartados del art. 18 CP»² (*sic*).

Evidentemente, la apertura y registro de una caja de seguridad poco tiene que ver con la provocación contemplada en el artículo 18 del Texto punitivo. En esto sí que acierta el Tribunal supremo, aunque por error. Es obvio que el ponente se refería al artículo 18 de la Constitución española y no al citado precepto del Código penal, mención del Texto punitivo que constituye un mero *lapsus cálami*.

² STS de 19 de febrero de 2002, cit., Fundamento de Derecho duodécimo.

Así las cosas, no compartimos el parecer del Tribunal supremo, pues, como con buen tacto jurídico dejó escrito alguien que presidió la sala de lo penal de semejante órgano, el secreto bancario «representa una faceta importante de la intimidad»³, derecho a la intimidad personal que garantiza el artículo 18.1 de nuestra Carta Magna. Resulta indudable que el contenido de una caja de seguridad puede revelar los gustos, aficiones y hasta las esferas más reservadas del que alquila tal espacio a un banco; es posible llegar a saber, mediante el examen de dichas cajas, lo que los particulares hacen y si realizan actividades que aunque sean legales no les agradaría que se conociesen. Tamaña vulneración de la intimidad también cabe, en mayor medida, cuando se desatiende otro aspecto del secreto bancario: la confidencialidad de las transacciones⁴. Tanto es así que las anotaciones del sistema bancario electrónico narran un relato numérico de nuestras vidas.

Cuestión distinta resulta la inexistencia de derechos absolutos y la necesidad de levantar el secreto bancario al objeto de reprimir el blanqueo de dinero, como puso de relieve la Convención de Naciones Unidas de 1988, hecho que cuenta entre sus principales logros⁵. Naturalmente, siempre habrán de observarse ciertas garantías, cual sucedió en el caso que nos ocupa, en el que concurría una orden judicial, debidamente justificada, que se comunicó al titular de la caja y a la entidad bancaria, los cuales asistieron a la apertura y registro, esta última a través de un empleado.

³ RUIZ VADILLO, E., «El blanqueo de capitales en el Ordenamiento jurídico español. Perspectiva actual y futura», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n.º 1641, 1992, p. 4288.

⁴ Cfr. BLUM, J. A./LEVI, M./NAYLOR, R. T./WILLIAMS, P., *Refugios financieros, secreto bancario y blanqueo de dinero*, Naciones Unidas, Nueva York, 1999, p. 102.

⁵ Vid. ABEL SOUTO, M., *El blanqueo de dinero en la normativa internacional. Especial referencia a los aspectos penales*, Imprenta Universitaria, Santiago de Compostela, 2002, pp. 107-111; GILMORE, W. C. (ed.), *International Efforts to combat Money Laundering*, Grotius Publications, Cambridge, 1992, p. XIII; INTRIAGO, Ch. A., *International Money Laundering*, Eurostudy Pub. Co., Londres, 1991, pp. 26 y 27; WERNER, G., *Bekämpfung der Geldwäsche in der Kreditwirtschaft*, Edition Iuscrim, Freiburg im Breisgau, 1996, p. 43; WÖR, A., *Geldwäscherei und Banken. Methoden und Formen, Europarecht, Anpassungsbedarf für Österreichs Banken*, Orack, Bank-Verlag, Wien, 1994, pp. 127 y 129.

III. La ocultación en una caja de seguridad de bienes delictivos

En segundo término, conviene detenerse en la calificación de los hechos por los que fue condenado Enrique; esto es: ocultar en una caja de seguridad, abierta a su nombre en el Banco Sabadell, más de 23 millones de pesetas derivados del tráfico de drogas⁶.

A este respecto se alegó la vulneración del principio acusatorio porque el Ministerio Fiscal había acusado por el apartado primero del artículo 301, en sus párrafos I y II, pero luego se condena sobre la base del artículo 301 del Texto punitivo, apartados primero y segundo. Sin embargo, no se produce tal quebranto, dado que las infracciones penales previstas en el artículo 301.1 y 301.2, por lo que hace a los hechos referidos en la sentencia, poseen carácter homogéneo a los efectos del principio acusatorio, puesto que la acusación formulada por el artículo 301.1 contiene los mismos elementos que la que hubiera podido plantearse en virtud del 301.2⁷.

Hasta ahora razona atinadamente el Tribunal supremo, dejándose guiar por las palabras del Ministerio Fiscal. Pero va más allá el ponente: llega a afirmar que los hechos de autos pueden encajar en ambos apartados del art. 301 y opta, inopinadamente, por subsumirlos en el artículo 301.1 del Código penal⁸. Aquí, a nuestro juicio, el alto Tribunal ya pierde el norte, como veremos, y viene a cumplir el pronóstico anunciado por un conocido penalista al poco tiempo de aprobarse el mal llamado Código penal de la democracia, en cuya opinión, ante la aparente superposición de las conductas encerradas en los apartados primero y segundo del artículo 301, la práctica acabaría por resumirlas en la única descripción típica de ocultación⁹.

Por último, afirma el Tribunal que «a efectos de determinación de las penas es irrelevante la cita conjunta de ambos apartados 1 y 2 del art. 301, pues las previstas en los dos son las mismas, y sólo se condena por un delito y no por los dos»¹⁰. Evidentemente, nos hallamos ante

⁶ Cfr. STS de 19 de febrero de 2002, cit., Fundamentos de Derecho vigésimo cuarto y trigésimo cuarto.

⁷ Cfr. STS cit., Fundamento de Derecho octavo.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 708.

¹⁰ STS cit., Fundamento de Derecho octavo.

un tipo mixto alternativo¹¹. Según este diseño, escriben JESCHECK y WEIGEND, «se toman en consideración por la Ley, alternativamente, diversas acciones, todas las cuales son abarcadas por la misma conminación penal»¹². No obstante, esta configuración típica no puede servir de excusa para omitir una labor hermenéutica a la que estaba obligado el Tribunal supremo.

Procedamos, pues, a la subsunción típica de los hechos probados: la ocultación de dinero derivado del narcotráfico en una caja de seguridad. Para ello es preciso delimitar las conductas blanqueadoras en nuestro Ordenamiento punitivo¹³.

Primeramente, el artículo 301.1 del Código penal abarca la nuda adquisición, conversión y transmisión de bienes, con conocimiento de que derivan de un delito grave, sin importar la finalidad perseguida¹⁴.

En lo que atañe a la adquisición, comprende la incorporación de un bien al patrimonio del blanqueador¹⁵. De manera que se requiere un

¹¹ Cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *El delito de blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2000, p. 221.

¹² JESCHECK, H.-H./WEIGEND, Th., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5, vollständig neubearbeitete und erweiterte Auflage*, Duncker & Humblot, Berlín, 1996, § 26, p. 266.

¹³ Vid. ABEL SOUTO, M., *Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el Ordenamiento penal español*, Tesis doctoral, Universidad de Santiago de Compostela, enero de 2001, pp. 446-571.

¹⁴ Cfr. ÁLVAREZ PASTOR, D./EGUIDAZU PALACIOS, F., *La prevención del blanqueo de capitales*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 273-275; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *op. cit.*, pp. 220, 223 y 224; BACIGALUPO ZAPATER, E., *Curso de Derecho penal económico*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 1998, p. 206; GÓMEZ INIESTA, D. J., *El delito de blanqueo de capitales en Derecho español*, Cedecs, Barcelona, 1996, p. 49; QUINTERO OLIVARES, G., *op. cit.*, p. 707; SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J., en RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 863; del mismo autor, en BAJO FERNÁNDEZ, M. y otros, *Compendio de Derecho penal (Parte especial)*, volumen II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998, p. 566; VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 96 y 97; de la misma autora, *El delito de legitimación de capitales: su tratamiento en el marco normativo internacional y en la legislación comparada*, Centro para la Administración de Justicia, Florida International University, Miami, 1998, p. 31, nota 76; VIVES ANTÓN, T. S./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, vol. II, p. 1464.

¹⁵ Cfr. DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 173 y 175; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *El blanqueo de capitales en el Derecho español*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 17.

incremento patrimonial¹⁶ y la obtención del dominio¹⁷ sobre los bienes ilícitos. La simple posesión, empero, resulta excluida del término «adquiera» en virtud de una interpretación histórica y sistemática. Además, con acierto asevera LAMPE que devendría insatisfactorio punir la mera «obtención consciente de la detentación»¹⁸, por cuanto que semejante posesión puede interesar a la Administración de Justicia.

Si volvemos al caso que nos ocupa, la conducta del testafarro Enrique no quedaría embebida en el verbo comentado, porque realmente los «hombres de paja» no adquieren la propiedad de los bienes debido a la ausencia de un incremento patrimonial. Tampoco sería subsumible aquí el contrato de cajas de seguridad, ya que la entidad bancaria no incrementa su patrimonio con los bienes depositados en las cajas, amén de que, en principio, los bancos desconocen el origen de los objetos custodiados y, a lo sumo, únicamente pueden comprobar si se trata de dinero o joyas cuando el cliente haya declarado en el contrato que guarda esas cosas¹⁹.

En punto a la conversión, representa la transformación²⁰, mutación²¹, cambio²², trueque²³ o permuta²⁴ de bienes procedentes de un delito grave en otros de distinta naturaleza²⁵. Ya en referencia a la

¹⁶ Cfr. BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, 2.ª ed., p. 334.

¹⁷ Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, E. A., *El delito de blanqueo de capitales*, Colex, Madrid, 1998, pp. 377 y 378.

¹⁸ LAMPE, E.-J., «Der neue Tatbestand der Geldwäsche (§ 261 StGB)», en *Juristen Zeitung*, n.º 3, 1994, traducido al castellano por Miguel Abel Souto y José Manuel Pérez Pena, «El nuevo tipo penal del blanqueo de dinero (§ 261 StGB)», en *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º XX, 1997, p. 131.

¹⁹ Cfr. DEL CARPIO DELGADO, J., *op. cit.*, p. 174.

²⁰ Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 330.

²¹ Cfr. JORDANA DE POZAS GONZÁLEZ, L., en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (dir.), *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, Trivium, Madrid, 1997, tomo II, p. 3086.

²² Cfr. MORENO CÁNOVES, A./RUIZ MARCO, F., *Delitos socioeconómicos. Comentarios a los arts. 262, 270 a 310 del nuevo Código penal (concordados y con jurisprudencia)*, Edijus, Zaragoza, 1996, p. 387.

²³ Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, E. A., *op. cit.*, p. 378.

²⁴ Cfr. ROMERAL MORALEDA, A./GARCÍA BLÁZQUEZ, M., *Tráfico y consumo de drogas. Aspectos penales y médico-forenses*, Comares, Granada, 1993, p. 216, respecto al Código derogado.

²⁵ Cfr. SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J., en RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios...*, cit., p. 863; del mismo autor, en BAJO FERNÁNDEZ, M. y otros, *Compendio...*, cit., p. 566; VIDALES RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de recepción y legitimación...*, cit., p. 100.

transmisión, supone la realización de cualquier transferencia, cesión o traspaso²⁶ que implique un cambio de titularidad²⁷.

De modo que también habrá que descartar el encaje del comportamiento de Enrique en las modalidades de conversión y transmisión.

Por otro lado, el artículo 301.1 del Texto punitivo igualmente abarca indeterminados actos tendentes a la ocultación, encubrimiento o auxilio. En esta sede sí sería posible incardinar el contrato de cajas de seguridad cuando los sujetos activos conozcan que los bienes derivan de una infracción grave y, asimismo, persigan tales finalidades. Por consiguiente, tanto las conductas de banqueros como las de simples testaferros que facilitan cajas de seguridad de las que son titulares podrán ir a parar a la fórmula «realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar...», no así los hechos que examinamos.

Evidentemente, no es el caso de ningún trabajador del Banco Sabadell, que al desconocer el contenido de la caja de seguridad ni siquiera fueron imputados. Pero tampoco el obrar de Enrique debe reconducirse al artículo 301.1, porque éste funciona como una regulación específica de ciertas tentativas²⁸.

En efecto, el artículo 301.2 acoge el tipo básico del blanqueo de dinero, cuya tentativa se sanciona en el número anterior de idéntico precepto. Con ello el Código de 1995 mantiene el carácter secuencial que, conforme evidenció DÍEZ RIPOLLÉS, determina toda la normativa internacional contra el blanqueo²⁹. Según esta peculiaridad, señala VOGEL, tanto el subapartado 3.1.b ii) de la Convención sobre drogas de 1988, como el artículo 6.1 b) del Convenio de Estrasburgo y el apartado segundo, tercer guión, artículo 1, de la Directiva de la Unión europea, aunque se mencionen en segundo término, albergan el tipo básico del blanqueo³⁰, lo cual se corresponde con la lógica, habida cuenta de que las acciones de ocultar y encubrir, en palabras de RUß, «engloban los casos típicos del blanqueo de dinero»³¹.

²⁶ Cfr. JORDANA DE POZAS GONZÁLEZ, L., *op. cit.*, pp. 3086 y 3087.

²⁷ Cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *op. cit.*, p. 227 y nota 83.

²⁸ Cfr. PALMA HERRERA, J. M., *Los delitos de blanqueo de capitales*, Edersa, Madrid, 2000, p. 494.

²⁹ Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el Ordenamiento penal español», en *Actualidad Penal*, n.º 32, 1994, pp. 584-589 y 596-599.

³⁰ Cfr. VOGEL, J., «Geldwäsche – ein europaweit harmonisierter Straftatbestand?», en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, n.º 2, 1997, p. 340.

³¹ RUß, W., «Kommentar zum § 261 StGB», en JÄHNKE, B./LAUFHÜTTE, H. W./ODERSKY, W. (eds.), *StGB Leipziger Kommentar. Großkommentar, 11. neubearbeitete*

En suma, la conminación penal del artículo 301.1 alcanza a los sujetos que, a través de cualquier conducta, crucen la frontera de los actos preparatorios, dando principio a la ejecución de la ocultación o encubrimiento relativo a la procedencia delictiva de los bienes, sin realizar todos los comportamientos que deberían conducir a tales resultados³². Si se condena a Enrique, conforme a los hechos probados declarados en la sentencia, por «ocultar»³³ más de 23 millones procedentes del narcotráfico, obviamente no podrá ser castigado por el artículo 301.1, pues no realiza una tentativa de ocultación, sino que lleva a cabo la ocultación misma. Enrique ejecutó todos los comportamientos conducentes a ese resultado, el cual se produjo, lo que le sitúa en el artículo 301.2.

IV. Improcedencia de la atenuación por parentesco

Para concluir nuestro comentario a esta sentencia aludiremos a la inviabilidad de que la relación fraternal que media entre Enrique y Domingo permita atenuar la pena. Afirma el Tribunal supremo que la circunstancia mixta acogida en el artículo 23 del Texto punitivo se refiere a vínculos familiares del responsable penal del hecho con su víctima³⁴. Ciertamente no puede ser de otra manera, pues así lo impone el tenor literal del citado precepto, el cual exige que las relaciones que se enuncian se den entre «agraviado» y «ofensor». De modo que Enrique queda excluido del artículo 23 porque Domingo no es su víctima.

Tampoco admite el alto Tribunal la atenuante analógica en conexión con el artículo 23, dado que la circunstancia mixta «tiene un alcance muy distinto en estos casos en que el parentesco se produce entre quienes colaboran respecto de una misma infracción punible y aquellos otros, que son los previstos en el art. 23, en que se exige que el parentesco exista entre el responsable penal y el agraviado u ofendido»³⁵.

Sobre tal particular estamos de acuerdo en el fondo, al descartar la

te Auflage, Walter de Gruyter, Berlín, 1994, vertido al castellano por Miguel Abel Souto bajo el título: «Comentario al parágrafo 261 del Código penal alemán: el blanqueo de dinero», en *Dereito, Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 6, n.º 1, 1997, p. 189, marginal 12.

³² Cfr. BLANCO CORDERO, I., *op. cit.*, p. 208.

³³ STS cit., Fundamentos de Derecho vigésimo cuarto y trigésimo cuarto.

³⁴ Cfr. STS cit., Fundamento de Derecho trigésimo sexto.

³⁵ *Ibidem*.

atenuante analógica ligada al artículo 23, mas no con la forma, pues el ponente, cuando habla de un alcance distinto, confusamente, parece admitir en algún caso eficacia atenuatoria al parentesco de los que colaboran en un delito; sin embargo, pronto defrauda las expectativas creadas al dejar sin concretar ese alcance.

A nuestro juicio, el Tribunal supremo debería haber tomado otra vía para excluir la circunstancia analógica vinculada al artículo 23 en su versión atenuante. El camino pasaba por la literalidad de la norma, que alude a «cualquier otra circunstancia de análoga significación que las *anteriores*»³⁶, solución ésta a la que también apunta la proscripción de toda suerte de analogía así como el rechazo, en la tramitación parlamentaria del vigente Texto punitivo, de la enmienda n.º 247 al Proyecto de Ley orgánica de Código penal de 1994, presentada por el Grupo popular³⁷.

³⁶ Artículo 21, circunstancia sexta, del Código penal. La cursiva es nuestra.

³⁷ Vid. LORENZO SALGADO, J. M., «Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Circunstancias atenuantes. Análisis de las eximentes incompletas», en *Derecho penal y procesal penal, Jueces 3^{er} turno*, Temario III, Adams, Madrid, 2000, p. 92.