

**LAS ACTUACIONES DEL AGENTE ENCUBIERTO EN EL AMBITO DEL
BLANQUEO DE CAPITALES.**

CONDUCTAS TIPICAS Y SU POSIBLE JUSTIFICACION*

CARLOS DAVID CALIX VALLECILLO**

*Doctor en Derecho de la Universidad
Complutense de Madrid y
Juez de Letras Primero Seccional de Danlí, Honduras.*

RESUMEN: El presente trabajo en un primer momento hace referencia al fenómeno del blanqueo de capitales, como el proceso empleado por las organizaciones criminales para darle apariencia de legalidad a sus ilícitas ganancias en detrimento de intereses económicos supraindividuales y como estímulo desencadenante de nuevas conductas delictivas, y en un segundo momento, a la utilización del agente encubierto como técnica de investigación policial dirigida a la obtención de pruebas para lograr la condena penal de los integrantes de aquellas organizaciones.

PALABRAS CLAVE: Blanqueo de Capitales, Criminalidad Organizada, Agente Provocador, Agente Encubierto, Derecho Penal, Autoría, Participación.

SUMARIO I.- INTRODUCCION II.- CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y BLANQUEO DE CAPITALES.2.1 LA "INDUSTRIA" DEL CRIMEN Y EL BLANQUEO DE BENEFICIOS. II.- CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y BLANQUEO DE CAPITALES. 2.1 LA "INDUSTRIA" DEL CRIMEN Y EL BLANQUEO DE BENEFICIOS. 2.2 DEFINICIÓN DEL FENÓMENO DEL BLANQUEO DE CAPITALES. III.- PLANTEAMIENTO.- HIPOTESIS MAS FRECUENTES EN QUE SE PLANTEA LA POSIBLE JUSTIFICACION DE LOS ACTOS TIPICOS DE BLANQUEO. IV.- EL AGENTE PROVOCADOR. DEFINICION. DISTINCIÓN ENTRE AGENTE PROVOCADOR Y AGENTE ENCUBIERTO. V.- REALIZACION DE ACTOS TIPICOS DE BLANQUEO POR EL AGENTE ENCUBIERTO Y SU POSIBLE JUSTIFICACION. VI.- REALIZACIÓN DE ACTOS TIPICOS DE BLANQUEO FUERA DE LOS CASOS SEÑALADOS EN EL ARTICULO 282 BIS LECRIM Y SU POSIBLE JUSTIFICACIÓN. 6.1. LA ACTUACION EN ESTADO DE NECESIDAD Y SU POSIBLE EFICACIA JUSTIFICANTE.6.1.1.- EL ESTADO DE NECESIDAD. 6.2.- CUMPLIMIENTO DE UN DEBER DE OBEDIENCIA Y SU POSIBLE EFICACIA JUSTIFICANTE

Hasta una época relativamente reciente, la investigación policial dirigida a investigar los beneficios y ganancias procedentes del delito, no ocupaba un lugar preeminente en el marco de la lucha contra las organizaciones criminales. Hoy en día este panorama ha cambiado notablemente, de las clásicas organizaciones de “picaresca” integrada por piratas y bandoleros, y de la organización “mañosa”, típica de individuos que efectúan hurtos y estafas habilidosas a pequeña escala,¹²² en la actualidad presenciamos el auge de una criminalidad provista de unas estructuras y de un modus operandi, propio de las grandes multinacionales, dedicadas a múltiples actividades delictivas que trascendiendo las fronteras nacionales les generan enormes sumas de dinero y otro tipo de bienes.

Este trabajo tiene varios objetivos: en primer lugar determinar cuales son los factores que han contribuido al florecimiento de esas organizaciones criminales transnacionales y la necesidad que éstas tienen para darle apariencia de legitimidad o blanquear los recursos que obtienen con sus actividades.

En segundo lugar y a partir de la definición de lo que se conoce como blanqueo de capitales o de bienes, arrancaremos con el desarrollo de la parte medular de este trabajo, introduciéndonos al estudio de un instrumento de investigación policial de reciente positivización en la legislación española, (ley orgánica 5/1999 del 14 de enero) como lo es el agente encubierto, mediante el cual se pretende combatir actividades propias del crimen organizado, entre las cuales se encuentra , ocupando a mi juicio un lugar destacado, el denominado blanqueo o legitimación de capitales.

En esa línea de investigación precisaremos cual es el régimen legal vigente en España que regula ese instrumento de investigación policial, que a través de la infiltración de un funcionario de la policía judicial con identidad supuesta, integrado en la estructura de la organización criminal, se pretende obtener pruebas suficientes que permitan la condena penal de sus integrantes y como fin último su desarticulación.

Luego haremos una serie de precisiones terminológicas, con el objetivo de distinguir entre la figura del agente encubierto, y otra afín a ella, que ha recibido un tratamiento jurisprudencial de considerable extensión, como lo es la del agente provocador.

* Trabajo que se presenta en el marco del Seminario “Blanqueo de Capitales”, celebrado los días 8-12 de julio de 2002, en San Lorenzo del Escorial, organizado por la Dirección General de la Policía y la Universidad Complutense de Madrid, bajo la inmediata coordinación del Instituto de Estudios de Policía (IEP).

¹²² Vid. MCINSTOSCH, MARY, La organización del crimen, Traducción al castellano de GRAB, NICOLÁS, Siglo Veintiuno Editores, México, 1977, pág. 33 y ss.

Hechas esas precisiones y delimitado que sea el ámbito en que se desarrolla la actividad que despliega el agente encubierto, estudiaremos de acuerdo a la Ley Orgánica 5/1999, antes citada, en que casos está facultado para realizar actos que encajan dentro de las figuras de blanqueo de capitales previstas en el Código penal, y que por lo tanto en que circunstancias puede decirse que los mismos pese a ser típicos no merecen ser castigados, por encontrarse amparados o cubiertos por alguna causa de justificación. Luego de evacuar este punto, veremos si igualmente es posible hablar de conductas justificadas cuando los actos típicos de blanqueo realizados por el agente encubierto en el seno de la organización criminal, van más allá de los que expresamente señala la Ley Orgánica 5/1999.

En conclusión, el presente trabajo en un primer momento hace referencia al fenómeno del blanqueo de capitales, como el proceso empleado por las organizaciones criminales para darle apariencia de legalidad a sus ilícitas ganancias en detrimento de intereses económicos supraindividuales y como estímulo desencadenante de nuevas conductas delictivas, y en un segundo momento, a la utilización del agente encubierto como técnica de investigación policial dirigida a la obtención de pruebas para lograr la condena penal de los integrantes de aquellas organizaciones, (limitadas en este trabajo, a las que se dedican parcial o exclusivamente al blanqueo de capitales) y con ello, como consecuencia esperada, el desmantelamiento de éstas.

II.- CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y BLANQUEO DE CAPITALS.

2.1 LA “INDUSTRIA” DEL CRIMEN Y EL BLANQUEO DE BENEFICIOS

En otros tiempos no muy lejanos la averiguación y el descubrimiento de bienes y patrimonios de origen delictivo ocupaban un lugar secundario en los procesos penales y en el ámbito de la investigación criminal. Sin embargo en los últimos años tal panorama ha venido cambiando paulatinamente debido al auge de una serie de actividades o conductas delictivas ligadas al fenómeno de la delincuencia organizada.¹²³

¹²³ Vid. ZARAGOZA AGUADO, JAVIER, Instrumentos para combatir el lavado de activos, en Narcotráfico, Política y Corrupción, AAVV, Editorial Temis, 1997, pág. 179. Los antecedentes más cercanos a la criminalidad organizada actual se suelen buscar en la transformación de la delincuencia profesional en los Estados Unidos, particularmente tras la prohibición total del alcohol en 1919, en la que pasó de la ejecución de delitos aislados e individualizados (robos, estafas) a actividades especializadas y estables (contrabando, alcohol, chantaje a empresarios, un incipiente tráfico de drogas etc...). La expansión de su influencia en los ámbitos político y económico se sitúa tras la segunda guerra mundial como lo muestran la corrupción institucional de los sindicatos y la reintroducción en la economía legal de las ganancias obtenidas en las actividades ilícitas o delictivas mediante los llamados *hombres de paja*. Vid. ANARTE BORRALLA, ENRIQUE, Conjeturas sobre la Criminalidad Organizada, en Delincuencia Organizada, Aspectos Penales, Procesales y Criminológicos, AAVV, págs. 15 y 16. Pero sobre todo es en las últimas tres décadas que el crimen organizada ha emergido como uno de los grandes desafíos para la seguridad y el bienestar tanto de las

La naturaleza de la delincuencia retrata muchas características de la sociedad. Dado el enorme incremento del número de transacciones económicas y sociales a través de las fronteras nacionales y la creciente porosidad del estado nacional, es natural e inevitable que la actividad delictiva organizada se traslade también del plano nacional al transnacional.

Varios han sido los factores que han contribuido al auge de este tipo de criminalidad, así la rapidez y facilidad del transporte internacional, evolución de las redes financieras mundiales, la revolución de las comunicaciones, el final de la guerra fría, el triunfo del capitalismo y la democracia liberal, la migración y el crecimiento de las redes étnicas, son todos fenómenos que brindan nuevas oportunidades a la delincuencia transnacional.¹²⁴

La moderna criminalidad organizada en particular la conocida como delincuencia institucionalizada (mafias, carteles, etc...) desarrollan a gran escala con criterios empresariales¹²⁵ y en un ámbito de actuación supranacional todo un catálogo de múltiples actividades delictivas: tráfico ilícito de drogas, tráfico de armas, prostitución, inmigración ilegal, la industria del secuestro y de la extorsión, contrabando de automóviles y material nuclear, exportación de desechos peligrosos y tóxicos, tráfico de objetos arqueológicos y de obras de arte, grandes fraudes, etc..., productores de fabulosos beneficios que necesitan ser reciclados e introducidos a los circuitos comerciales y financieros legales.¹²⁶

En la nueva era de la mundialización, las fronteras se han abierto, las barreras comerciales han caído y la información se transmite rápidamente por todo el mundo al alcance de una tecla, los negocios están floreciendo y también lo está la delincuencia organizada transnacional.¹²⁷

sociedades nacionales como de la comunidad internacional en general. Vid. Organized Crime. A Compilation of UN Documents, 1975-1988, BASSIOUNI CHERI M. y VETERE EDUARDO (Editores), pág. XVII. Acierta FABIAN CAPARROS EDUARDO, en El Delito de Blanqueo de Capitales, COLEX, Madrid, 1998, pág. 30, cuando afirma que hasta tiempo bastante reciente, el crimen no había sido medio idóneo para generar beneficios especialmente cuantiosos, pero que sin embargo en la actualidad la delincuencia está en condiciones de acumular capitales ilícitos lo suficientemente importantes como para condicionar las variables macroeconómicas de una nación.

¹²⁴ Vid. Documento E/CONF.88/2, Consejo Económico y Social, Conferencia Ministerial Mundial sobre la delincuencia transnacional organizada, Nápoles, 21 a 23 de noviembre de 1994. Págs 7 y 8. El desarrollo de las telecomunicaciones incluyendo teléfono, fax, las redes informáticas, el explosivo incremento de ordenadores en los negocios, el desarrollo de sistemas electrónicos en el ámbito bancario y en el sector financiero que permiten la transferencia de grandes cantidades de dinero alrededor del mundo han favorecido el desarrollo de los negocios ilícitos pero también el de los manejados por la criminalidad organizada. Vid. SABRINA ADMOLI, ANDREA DI NICOLA, ERNESTO U. SAVONA, PAOLA ZUFFI, Organised Crime Around the World, Instituto Europeo para la prevención y control del crimen, Helsinki, 1998, pág. 13.

¹²⁵ Como cualquier otra empresa el negocio de la delincuencia exige aptitudes empresariales, una especialización considerable y capacidad de coordinación, todo ello sumado a utilización de la violencia y la corrupción para la realización de sus actividades. Vid. DOCUMENTO E/CONF88/2. Consejo Económico y Social. Conferencia Ministerial Mundial sobre la delincuencia transnacional organizada, Nápoles 21 a 23 de Noviembre de 1994, Tema 4 del programa provisional, pág. 4. Refiriéndose a las grandes organizaciones de narcotraficantes BLANCO LOZANO ha señalado que a diferencia del crimen tradicional cuya consideración fenomenológica entronca con postulados relativos a la inadaptación social, el narcotráfico es un delito basado en la ganancia y la organización, formando parte de los delitos no convencionales o de cuello blanco... se trata (refiriéndose a tales organizaciones) de verdaderas empresas multinacionales del crimen que para satisfacer sus intereses se valen de sofisticados medios materiales (aviones particulares, yates), que como toda empresa están sometidos a las leyes de la oferta y la demanda, y que buscan lugares de mercado allí donde hay más dinero...disponiendo de un personal especializado muy particular....vid. BLANCO LOZANO, CARLOS, El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas en el ordenamiento penal español, en Comentarios a la Legislación Penal, en AAVV, dirigidos por COBO DEL ROSAL M., Madrid 1996, pág. 58. Vid BOTKE, WILFRIED, Criminalidad Organizada y Blanqueo de dinero en Alemania, Traducción al castellano por ARROYO ALFONSO, SOLEDAD y AGUADO CORREA, TERESA, Revista Penal No. 2, Barcelona, julio de 1998, pág. 2, quien define la criminalidad organizada como aquella que organiza su actividad criminal como si fuera un proyecto "empresarial".

¹²⁶ Vid. ZARAGOZA AGUADO, JAVIER, Medidas para combatir el lavado de activos... op cit. pág. 179, vid también FABRE GUILHEM, Les prosperités du crime, trafic de stupefiants, blanchiment et crises financières dans l'après guerre froide, Éditions de l'aube, 1998, pág. 7.

¹²⁷ Vid. Hoja Informativa, del X Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención y tratamiento del delincuente, Viena, Austria, 10 al 17 de abril de 2000.

Habida cuenta de la profunda relación existente entre las asociaciones de corte mafioso y la instrumentalización del delito como medio a través del cual obtener grandes fortunas, se puede afirmar que el reciclaje de fondos de origen ilegal encuentra su medio habitual y alcanza su máximo desarrollo en el ámbito de la criminalidad organizada.¹²⁸

Existen una serie de organizaciones criminales en el mundo que son consideradas las más significativas y de mayor tradición, siendo estas la mafia italiana, la delincuencia organizada rusa, las tríadas chinas, la yakuza japonesa y los cárteles colombianos.¹²⁹ Estas organizaciones se suelen caracterizar por un excelente sentido de los negocios, un sistema de gestión eficiente y eficaz que está basado en generosos incentivos económicos por un lado y en duros castigos por el otro, contando con medios eficaces de información y contra información y un considerable poder de adaptación y recuperación.

En este contexto asistimos al fenómeno que algunos autores denominan hoy en día como la “industria del crimen”¹³⁰, cuyas actividades se orientan con modelos y criterios propios del mundo de los negocios, generando cuantiosas sumas de dinero que necesitan ser regularizadas para su incorporación al sistema económico legal.

2.2 DEFINICIÓN DEL FENÓMENO DEL BLANQUEO DE CAPITALS.

Como antes lo hemos explicado, es un hecho incontestable que la comisión de delitos por parte de las organizaciones criminales, les generan a éstas cantidades ingentes de dinero que necesitan adquirir una apariencia lícita, de tal manera que hagan posible su inversión en los circuitos económicos legales. Es decir, para emplear y aprovechar esos bienes, los delincuentes requieren distanciarlos de su procedencia criminal haciendo desaparecer las huellas de su origen, enmascarándolos para que parezcan legítimos.

¹²⁸ Vid. FABIAN CAPARROS, EDUARDO, el delito de blanqueo de capitales, pág. 68, GOMEZ INIESTA DIEGO, El Delito de blanqueo de capitales en Derecho Español, Cedecs Editorial, S.L., Barcelona, 1996, pág. 86. En este mismo sentido ZARAGOZA AGUADO, el blanqueo de dinero, aspectos sustantivos, su investigación, Cuadernos de Derecho Judicial, Vol. I, págs. 109 y 110 señala que los redactores de la Convención de Viena de 1988, eran plenamente conscientes que la realidad criminal más preocupante de nuestro tiempo es la delincuencia organizada, siendo tan estrecha la vinculación entre tráfico de drogas y crimen organizado, que aquella actividad delictiva es su expresión más genuina y arquetípica. Cfr. FARIA COSTA, el blanqueo de capitales, (algunas reflexiones a la luz del Derecho Penal y de la Política Criminal, en Hacia un Derecho Penal Europeo, Jornadas en Honor al Profesor Klaus Tiedemann, Nota 15, pág. 660.

¹²⁹ No dejan de considerarse un importante desafío al imperio de la ley otras organizaciones criminales como las mafias turcas de la droga, las organizaciones delictivas nigerianas, los grupos jamaicanos llamados *posses*, la mafia autóctona norteamericana, las organizaciones delictivas dominicanas y otras...vid. Documento E/CONF.88/2, op cit. pág. 11. Sobre el ámbito geográfico en que tales organizaciones actúan y las principales actividades que realizan, véase con detalle, el documento antes citado, págs. 11-16, también BLANCO CORDERO, ISIDORO, El delito de blanqueo de capitales, Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 40-52.

¹³⁰ Vid en tal sentido con abundantes referencias bibliográficas: FABIAN CAPARROS, EDUARDO, El delito de blanqueo de capitales, cit, págs. 43-44.

Tal operación de alejamiento o distanciamiento del bien de su ilícita procedencia que convierte al dinero “sucio” en “limpio” es lo que se conoce como blanqueo, lavado o aseo de dinero.¹³¹

Como dice VIDALES RODRIGUEZ con aquel término se hace referencia al proceso por el que se le da apariencia de legalidad al dinero o bienes procedentes de la comisión de un delito.¹³² FABIAN CAPARROS, por su parte se refiere al blanqueo de capitales como el proceso tendente a obtener la aplicación en actividades económicas lícitas de una masa patrimonial derivada de cualquier género de conductas ilícitas, con independencia de cual sea la forma que esa masa adopte, mediante la progresiva concesión a la misma de una apariencia de legalidad.

133

Entre las definiciones de blanqueo propuestas por los autores citados no encuentro diferencias sustanciales, y creo que todas coinciden en señalar que el blanqueo o lavado de capitales es un proceso dinámico en virtud del cual bienes de procedencia delictiva son bajo la apariencia de legitimidad, incorporados a los circuitos económicos legales.

En cuanto a los términos blanqueo o lavado, su adopción ha sido criticada por la doctrina por considerarlos de escaso rigor técnico. Así BAJO FERNANDEZ sostiene que tal expresión no es técnica y que procede de la jerga mas genuina del hampa o de la criminalidad económica.¹³⁴

En razón de lo anterior, se ha propuesto otra terminología como “regularización”, “conversión”, “naturalización”, “normalización”¹³⁵, “legalización”¹³⁶, “legitimación”¹³⁷, seguidas de la expresión de capitales de origen delictivo.

Quizás debido a esas críticas el nuevo Código Penal elude el uso del neologismo blanqueo optando por referirse a esta figura como conducta afín a la receptación.

Sin embargo en todo caso, dado el consenso internacional que existe al respecto, valgan las expresiones money laundering (inglés), blanchiment d' argent

¹³¹ Vid. PALOMO DEL ARCO ANDRES, Receptación y figuras afines, en Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte Especial, CGPJ, Madrid, 1996, Directores VIVES ANTON TOMAS Y MANZANARES SAMANIEGO J.L. pág. 420. Cfr. GONZALEZ DE MURILLO, J.L., Algunas cuestiones político criminales en el delito de blanqueo, La Ley, D-267, 1998, Nota 1, pág. 1725

¹³² vid. VIDALES RODRIGUEZ, CATY, Los delitos de Receptación y Legitimación de Capitales en el Código Penal de 1995, Tirant lo Blanch, Valencia 1997, pág. 71. En la misma línea vid. GOMEZ INIESTA DIEGO: El Delito de Blanqueo de Capitales en Derecho Español, pág. 21 quien entiende por blanqueo de dinero o de bienes como “aquella operación a través de la cual el dinero de origen siempre ilícito (procedente de delitos que revisten especial gravedad, es invertido, ocultado, sustituido o transformado y restituido a los circuitos económicos financieros legales, incorporándose a cualquier tipo de negocio como si se hubieran obtenido de forma lícita. En similar sentido, vid. BLANCO CORDERO, ISIDORO, El delito de blanqueo de capitales, pág. 101, para quien el blanqueo de capitales es “el proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita.”

¹³³ Vid. CAPARROS FABIAN, EDUARDO, El delito de blanqueo de capitales, pág. 76

¹³⁴ vid. BAJO FERNANDEZ MIGUEL, Derecho Penal Económico, Protección Penal y Cuestiones Político Criminales. Hacia un Derecho Penal Económico Europeo, Jornadas en Honor del Profesor Klaus Tiedemann, Madrid, 1995, pág. 73.

¹³⁵ Vid. DIEZ RIPOLLES, JOSE LUIS, El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español. En Actualidad Penal, No. 32 (1994), pág. 613

¹³⁶ Vid. RUIZ VADILLO, ENRIQUE, El blanqueo de capitales en el ordenamiento jurídico español, perspectivas actual y futura. Boletín de Información del Ministerio de Justicia, No. 1641, Madrid, pág. 4290.

¹³⁷ Vid. VIDALES RODRIGUEZ, CATY, Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995, pág. 74

(francés), riciclaggio del denaro (italiano), blanchisagge de l'argent (cantones suizos de habla francesa), branqueamiento de capitais (Portugal), lavagem de capitais (Brasil), Geldwäschere (parte de Suiza y Austria) , se ha impuesto la locución blanqueo de capitales o de dinero.¹³⁸

Estimo que es preferible utilizar el término blanqueo de capitales al de blanqueo de dinero, ya que la experiencia demuestra que no siempre va a ser dinero lo que se derive de las actividades delictivas o lo que se trate de lavar, reintegrar o blanquear, sino que en ocasiones son otros bienes o activos. Además es la fórmulas acorde con la normativa administrativa española vigente¹³⁹ y con los instrumentos internacionales en la materia¹⁴⁰

III.- PLANTEAMIENTO.- HIPOTESIS MAS FRECUENTES EN QUE SE PLANTEA LA POSIBLE JUSTIFICACION DE LOS ACTOS TIPICOS DE BLANQUEO.

Quedando suficientemente claro en que consiste el fenómeno usualmente conocido como blanqueo de capitales, y cual es el ámbito en que normalmente se presenta, vamos a determinar en que casos la doctrina plantea la posibilidad de que determinados actos que encajan en el tipo penal de blanqueo (arts. 301 al 304 CP)¹⁴¹, pueden finalmente quedar justificados o ser conforme a Derecho, al estar cubiertos por alguna causa de justificación.

La dificultad de apreciar la presencia de causas de justificación en el delito de blanqueo de capitales se hace patente al corroborar que son muy pocos los autores

¹³⁸ Vid. GARCIA VALDES, CARLOS, Dos aspectos de la represión penal del tráfico de drogas, la teoría del agente provocador y del delito provocado, y el blanqueo de dinero procedente del delito. Política Criminal y Reforma Penal, Libro Homenaje al Profesor Juan del Rosal, Madrid, 1993, pág. 568.

El Proyecto de Código Penal de 1992 en su exposición de motivos decía expresamente que "la utilización del neologismo "blanqueo de dinero" obedecía a la convicción de que es la expresión que mejor designa...la clase de conductas que se describen.... Emplean también el término *blanqueo de dinero* GOMEZ PAVON, "el bien jurídico protegido en la receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento" en Cuadernos de Política Criminal, 1994, págs. 459 y ss. CADENAS CORTINA, "Problemas de penalidad en los delitos de receptación y blanqueo de dinero". En Cuadernos de Derecho Judicial, El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa Comunitaria, 1994, Pág. 107 y ss. PEREZ MANZANO, MERCEDES, "El tipo subjetivo en los delitos de receptación y blanqueo de dinero", en Cuadernos de Derecho Judicial, El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero, normativa comunitaria, Madrid, 1994, pág. 219 y ss.

¹³⁹ Vid ley 19/1993 por la que se establecen determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales (28-12-1993), BOE No. 311 de 29 de diciembre, vid también Real Decreto 925/1995 por el que se aprueba el Reglamento de la ley antes citada (9/6/1995). BOE No. 160 de 6 de julio, rectificación de errores en el BOE No. 172 de 20 de junio y en BOE No. 260 de 31 de octubre.

¹⁴⁰ Vid. Especialmente Directiva 91/308/CEE , del Consejo de las Comunidades Europeas sobre prevención del sistema financiero para el blanqueo de capitales. (10-6-1991), DOCE No. L 166 de 28 -6-1991, pág. 7 y ss.

¹⁴¹ Para efectos de este trabajo transcribo únicamente el contenido del artículo 301 CP, que contiene las modalidades básicas de comportamiento típico, un supuesto cualificado que hasta ahora es el que casi en su totalidad conocen los tribunales, como lo es el blanqueo de capitales procedentes del tráfico ilícito de drogas y el tipo imprudente. Los artículos 302,303 y 304, hacen referencia a tipos cualificados por la existencia de una organización dedicada al blanqueo de capitales, a las las penas de inhabilitación por la especial condición profesional del autor del delito, y a los actos preparatorios punibles, respectivamente.

"Artículo 301.1. El que adquiriera, convirtiera o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito grave, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triple del valor de los bienes.Las penas se impondrán en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los Artículos 368 a 372 de este Código.

2. Con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos.

3. Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triple....."

dedicados al estudio de éste delito que han planteado en torno a él la existencia de circunstancias excluyentes de la antijuricidad.¹⁴²

En este sentido estimo que lo más acertado es analizar una serie de supuestos respecto a los cuales la doctrina científica ha planteado la posibilidad de apreciar causas de justificación, supuestos que serán los más frecuentes o de mayor ocurrencia y que mayores problemas dogmático-penales suscitan, sin perjuicio de que marginalmente puedan presentarse otras hipótesis encuadrables en alguna de las causas de justificación, las que deberán resolverse de acuerdo a los requisitos propios de las que se consideren aplicables al caso de que se trate.

Los supuestos que con mayor frecuencia son analizados por la doctrina son:

- 1) El del empleado bancario que invocando el secreto bancario omite cualquiera de las comunicaciones exigidas por la Ley 19/1993.
- 2) La del Abogado que asesora a su cliente sobre las técnicas más efectivas de blanqueo y que percibe honorarios profesionales procedentes de una actividad delictiva grave.
- 3) La del empleado bancario que se abstiene de paralizar una operación sospechosa de blanqueo amparándose en lo previsto en la Ley 19/1993 y su Reglamento.
- 4) La del tercero que habiendo adquirido de buena fe un bien procedente de hechos delictivos graves, opera sobre los mismos una vez que ha alcanzado el conocimiento sobre su origen ilícito, y
- 5) La del agente infiltrado en las organizaciones criminales que para lograr su desarticulación realiza actos típicos de blanqueo.

Dados los límites que impone la temática de este trabajo, será el estudio de éste último supuesto y no el de los demás, el que ocupe nuestra atención en las páginas que siguen.

Preliminarmente será necesario hacer una serie de precisiones terminológicas con el objeto de distinguir entre el denominado agente provocador, que ya cuenta con un considerable tratamiento jurisprudencial, y la figura conocida como agente encubierto regulada en la Ley 5/1999 del 14 de enero.

IV.- EL AGENTE PROVOCADOR. DEFINICION. DISTINCIÓN ENTRE AGENTE PROVOCADOR Y AGENTE ENCUBIERTO.

¹⁴² De la abundante bibliografía existente en el ámbito de la doctrina científica española, apenas dos autores han realizado un estudio pormenorizado de esta problemática, vid. ARANGUEZ SÁNCHEZ, CARLOS, Tratamiento jurídico penal del blanqueo de capitales, cit, pág. 445 y ss, PALMA HERRERA, JOSE MANUEL, Los delitos de blanqueo de capitales, Edersa, Madrid, 2000, pág. 497 y ss, , también se ha ocupado de este tema, aunque de manera muy somera: VIDALES RODRÍGUEZ, CATY, Los delitos de receptación y legitimación de capitales, cit, págs. 120 y ss.

En clásica definición de GLASER el agente provocador es aquel que “instiga a otro a perpetrar el delito tan solo porque quiere que este resulte posteriormente convicto y sea castigado”.¹⁴³

En la moderna doctrina penal española, RUIZ ANTÓN también ha ofrecido una conceptualización del denominado agente provocador, entendiendo por tal a “quien incita a realizar un determinado hecho, o crea las circunstancias fácticas que impulsan a otro a ejecutarlo, persiguiendo un fin de signo contrario al que en apariencia se inspira con la acción provocadora.”¹⁴⁴ MUÑOZ SÁNCHEZ, en similar sentido, define al agente provocador como aquel que sin tener la voluntad de que se consume el delito, y adoptando para ello todas las medidas necesarias, provoca en otro la comisión de un delito con el fin de que sea castigado.¹⁴⁵

La utilización del agente provocador como una técnica de lucha contra la criminalidad organizada aparece en escena hace ya bastante tiempo. Su origen se remonta al período del absolutismo francés en tiempos de Luis XIV donde para reforzar al régimen se crea la figura del delator. Con el paso del tiempo la actividad de vigilar se muestra insuficiente para neutralizar la oposición al régimen y se pasa del espionaje a la provocación.¹⁴⁶

Paulatinamente el empleo del agente provocador se ha ido extendiendo a otros ámbitos fuera de los estrictamente políticos, de tal manera que hoy en día asistimos a un aumento notable de la utilización de esta figura como técnica de investigación criminal. Ello viene dado por los cambios o transformaciones sufridas en la forma de manifestarse los comportamientos delictivos. Como lo apuntamos en la parte introductoria de este trabajo, hemos pasado de una criminalidad tradicionalmente individual, al auge de una criminalidad especialmente organizada que se sirve de medios logísticos muy modernos, como son los grupos dedicados al tráfico de estupefacientes, de armas, obras de arte, terrorismo, etc... Esta nueva criminalidad organizada y corporativa, en cierta manera inmune a los métodos tradicionales de investigación policial (observación, interrogatorios de testigos, estudio de huellas, etc..), determinan que la policía deba echar mano de recursos como el denominado agente provocador.¹⁴⁷

¹⁴³ GLASER, JULIUS, “Zur Lehre vom Dolus des Anstifters, II, en Der Gerichtssal, 1858, pág. 33, citado por RUIZ ANTÓN, FELIPE, El agente provocador en Derecho penal, EDERSA, Madrid, 1982, pág. 24

¹⁴⁴ Vid. RUIZ ANTÓN, FELIPE, op cit, págs. 5-6

¹⁴⁵ Vid. MUÑOZ SÁNCHEZ, JUAN, La moderna problemática jurídico penal del agente provocador , Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 39, también adoptando esta definición, PEREZ ARROYO, MIGUEL RAFAEL, “La provocación de la prueba, el agente provocador y el agente encubierto. La validez de la provocación de la prueba y del delito en la lucha contra la criminalidad organizada desde el sistema de pruebas prohibidas en el Derecho penal y procesal penal (y III)”, en Revista La Ley, Número 4989, 10 de febrero de 2000, pág. 2.

¹⁴⁶ Una exposición sobre la evolución histórica de esta figura puede verse en RUIZ ANTÓN, FELIPE, El agente provocador, cit, pág. 5 y ss. Sobre el desarrollo histórico de esta figura en Francia, vid. MAGLIE, CRISTINA DE, L’agente provocatore, un’indagine dommatica e política-criminale, Giuffré, Edit. Milano, 1991, pág. 7 y ss., y en Alemania: LÜDERSEN, “Verbrechensprophy laxe durch Verbrechensprovokation », en Festschrift für Karl Peters, Tübingen, 1974, págs. 349-350. citado por MUÑOZ SÁNCHEZ, La moderna problemática jurídico penal del agente provocador, cit, pág. 21.

¹⁴⁷ Vid en este sentido MUÑOZ SÁNCHEZ, JUAN, op cit, págs. 22-23

El concepto, las condiciones y exigencias de la actuación del agente provocador no han sido regulados por el legislador español, sino que únicamente ha sido objeto de una construcción meramente doctrinal y jurisprudencial.¹⁴⁸

En la definición y límites de la actuación del agente provocador, la jurisprudencia distingue dos situaciones: la primera en la que dicho agente provoca con su comportamiento que el sospechoso lleve a cabo determinadas conductas que son reveladoras de un delito ya cometido (normalmente tenencia de droga preordenada al tráfico). Esta conducta del agente provocador resulta admisible como técnica de investigación delictiva pues lo que provoca no es más que la obtención de pruebas del delito, pero no el delito como tal.¹⁴⁹ En éste primer supuesto la doctrina jurisprudencial se decanta por la impunidad del agente provocador y el castigo del provocado.

La segunda situación se presenta cuando el hecho delictivo no es producto de la iniciativa del autor provocado, sino que viene determinado por la inducción “engañosa” del agente, que tiene como finalidad probar la comisión de ese hecho. En este caso se entiende que sin tal inducción “engañosa”, el delito provocado de ningún modo habría tenido lugar. Cuando se da un hecho de tales características no cabe exigir responsabilidad penal a las personas que hayan intervenido en el, de tal manera, que han de quedar impunes tanto el autor provocado como el agente provocador.¹⁵⁰

De este modo la técnica “investigadora” que conduce al “delito provocado”, siendo una forma de actuar propia de regímenes autoritarios,¹⁵¹ ha recibido el rechazo por parte de la jurisprudencia.¹⁵²

Figura distinta a la del agente provocador es la del agente encubierto. La Ley Orgánica 5/1999 de 13 de enero lo incorpora al artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Dicha Ley viene a regular algunos de los requisitos y

¹⁴⁸ Echan en falta una previsión legal expresa que regule la figura del agente provocador: CARDENETE, MIGUEL DOMINGO, La inducción como forma de participación accesoria, EDERSA, 1999, págs. 737-739, Cfr. de otra opinión, considerando innecesaria una regulación legal expresa: MUÑOZ SÁNCHEZ, JUAN, La moderna problemática..., op cit, pág 170, GARCIA VALDES, CARLOS, Aspectos de la represión penal del tráfico de drogas ;”la teoría del agente provocador y del delito provocado y el blanqueo de dinero procedente del delito”, en Política Criminal y Reforma Penal, Libro Homenaje al Profesor JUAN DEL ROSAL, Madrid, 1993, págs. 567-568, el mismo, en El agente provocador en el tráfico de drogas, Tecnos, Madrid, 1996, pág. 26.

¹⁴⁹ En términos expuestos por la STS de 3 de febrero de 1999 (RJA 409), se trata de la conducta que sin conculcar legalidad alguna, se encamina al descubrimiento de delitos ya cometidos, generalmente de tracto sucesivo como suelen ser los de tráfico de drogas, porque en tales casos los agentes no buscan la comisión del delito, sino los medios, las formas, o los canales por los que ese tráfico ilícito se desenvuelve, es decir, se pretende la obtención de pruebas en relación a una actividad criminal que ya se está produciendo, pero de la que únicamente se abrigan sospechas. En el mismo sentido Cfr: SSTS de 3 de marzo de 1998 (RJA 2344), 22 de octubre de 1997 (RJA 7517) y 21 de enero de 1997 (RJA 325).

¹⁵⁰ Según la STS del 3 de febrero de 1999 (RJA 409): “ por delito provocado se entiende aquel que llega a realizarse en virtud de la inducción engañosa de una determinada persona, generalmente miembros de los cuerpos de seguridad que deseando la detención de sospechosos, incita a perpetrar la infracción a quien no tenía tal propósito, originando así el nacimiento de una voluntad criminal en supuesto concreto, delito que de no ser tal provocación no se hubiera producido, aunque de otro lado, su completa ejecución resulte prácticamente imposible por la prevista intervención “ab initio de la fuerza policial...” Existe una copiosa jurisprudencia que distingue entre la llamada provocación policial para descubrir delitos ya cometidos, y lo que se conoce como “delito provocado”, así entre otras vid. SSTS de 16 de noviembre de 1979 (RJA 4242), 3 de julio de 1984 (RJA 3779), 15 de noviembre de 1988 (RJA 9167), 26 de septiembre de 1990 (RJA 7239), 17 de junio de 1993 (RJA 5164), 20 de enero de 1995 (RJA 17), 22 de octubre de 1997 (RJA 7517), 8 de julio de 1999 (RJA 6205), vid también la STC del 21 de febrero de 1983 (STC 11/1983). Para consultar una selección de jurisprudencia relativa a esta cuestión hasta 1995, vid. GARCIA VALDES, CARLOS, El agente provocador en el tráfico de drogas, Colección Jurisprudencia Práctica, Tecnos, Madrid, 1996, pág. 27 y ss.

¹⁵¹ Formula esta crítica: GASCON INCHAUSTI, FERNANDO: Infiltración policial y “agente encubierto”, Comares, Granada, 2001, pág. 31.

garantías que resulta necesario cumplimentar a la hora de recurrir a los agentes encubiertos como método de investigación criminal.

El agente encubierto debe ser necesariamente un funcionario de la Policía Judicial¹⁵³ cuya actuación ha de contar con la autorización del Juez o Fiscal, en las operaciones que realiza con identidad supuesta o falsa, previamente asignada por el Ministerio del Interior. Para el éxito de esta técnica de investigación la ley exime de responsabilidad al agente encubierto por las actuaciones típicamente relevantes que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, y de manera más concreta, se le permite adquirir y transportar los efectos, instrumentos y objetos del delito, y diferir su incautación. Esto tiene particular importancia, de cara a la posible justificación de conductas típicas de blanqueo de capitales realizadas por el agente encubierto en el desempeño de sus tareas.

Así las cosas, la infiltración policial aparece como una técnica de investigación que se utiliza fundamentalmente en la fase de instrucción del proceso penal, y cuyo empleo se restringe al ámbito de la investigación de actividades delictivas propias de la criminalidad organizada, entre las cuales se encuentra el blanqueo de capitales.¹⁵⁴

Antes de entrar en materia, resulta pertinente distinguir entre agente provocador y agente encubierto. Aparte de que la actuación del primero está expresamente prevista y regulada, estimo que la diferencia fundamental entre uno y otro estriba en que el segundo a diferencia del primero no provoca o induce a otros a la realización del delito, sino que es el quien por si mismo realiza conductas típicamente relevantes. Abona a esta distinción el hecho de que para considerar justificada la conducta del agente encubierto la ley exige entre otros requisitos que la misma “no constituya una provocación al delito”.¹⁵⁵

¹⁵² Vid. La relación de sentencias que se hace en la Nota No. 55 que antecede.

¹⁵³ Como lo afirma GASCON INCHAUSTI, Infiltración policial y “agente encubierto”, cit, pág. 18: “en cuanto al agente encubierto, es decir el instrumento elegido por el legislador para materializar la infiltración policial, lo distintivo, es ante todo, su condición de funcionario de la policía judicial”, vid también: PEREZ ARROYO, MIGUEL: La provocación de la prueba, el agente provocador,cit, págs.4-5. Cfr. MONTON GARCIA, MARIA LIDON, “Agente provocador y agente encubierto: ordenemos conceptos”, en La Ley, 1999, D-178, pág. 2130, cuando erróneamente afirma que la designación de agentes encubiertos puede recaer en particulares.

¹⁵⁴ El apartado 4 del artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal define y delimita materialmente lo que ha de entenderse por criminalidad organizada: la asociación de tres o más personas para realizar de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin: cometer algunos de los delitos siguientes: secuestro de personas (art. 164 a 166 CP) ; relativos a la prostitución (arts. 187 a 189 CP) ; contra el patrimonio y el orden socioeconómico (arts. 237, 243, 244, 248 y 301 CP), contra los derechos de los trabajadores (arts. 312 y 313 CP) ; tráfico de especies de flora o fauna amenazada (arts. 332 y 334 CP) ; tráfico de material nuclear y radiactivo (art. 345 CP) ; contra la salud pública (arts. 368 a 373 CP), falsificación de moneda (art. 386 CP) ; tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos (arts. 566 a 568 CP) ; terrorismo (arts. 571 a 578 CP), contra el patrimonio histórico (art. 2.1.e de la Ley Orgánica 12/1995 de 12 de diciembre de represión del contrabando).

¹⁵⁵ Quizás en puridad el término “provocación” no sea el más adecuado, toda vez que en rigor sirve para designar a un tipo de actos preparatorios a los que es consustancial un cierto grado de publicidad. (vid. Art. 18.1 CP). Sin duda la utilización impropia del término viene influida por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre el agente provocador y el “delito provocado”. Pero es el mismo Tribunal Supremo quien en varias sentencias se ha encargado de aclarar que utiliza el término provocación como sinónimo de inducción o instigación; así Cfr las SSTs de 15 de septiembre de 1993 (RJA 7144), 3 de noviembre de 1993 (RJA 8223), 18 de abril de 1994 (RJA 3341), 16 de septiembre de 1994 (RJA 6949), 20 de octubre de 1997 (RJA 7244), 30 de septiembre de 1998 (RJA 6468). En opinión de GASCON INCHAUSTI, FERNANDO, Infiltración policial y agente encubierto, cit, pág. : “con la “provocación-inducción” la ley ha querido evitar que el agente encubierto al inducir a la comisión de delitos asuma una especial actividad y protagonismo dentro de la organización criminal, de tal manera que su rol aun pudiendo ser activo no le permite asumir la autoría intelectual (sic) de la planificación de actividades delictivas no previstas de manera autónoma, por los sujetos objeto de su investigación”.

Sentado lo anterior analizaré en que casos y bajo que circunstancias la conducta del agente provocador y la del agente encubierto en su caso pueden resultar justificada, cuando la misma encaje en alguna de las modalidades contenidas en el tipo de blanqueo de capitales.

V.- REALIZACION DE ACTOS TIPICOS DE BLANQUEO POR EL AGENTE ENCUBIERTO Y SU POSIBLE JUSTIFICACION

El artículo 282 bis 5 I de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es una norma penal sustantiva¹⁵⁶ que regula una exención de responsabilidad penal a favor del agente encubierto; pese a que algunos de sus actos hayan sido susceptibles de encaje dentro algunos de los tipos del Código Penal. El citado precepto establece que: “..el agente encubierto estará exento de responsabilidad criminal por aquellas actuaciones que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación, siempre que guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma y no constituyan una provocación al delito”.

En cuanto a la naturaleza jurídica del precepto, la doctrina coincide en señalar que este consagra una causa de justificación, que excluye así la antijuricidad de la conducta del agente encubierto.¹⁵⁷

Para algunos se trata de una causa de justificación sui generis y especial¹⁵⁸ en tanto que para otros no es más que la especificación de alguna de las causas de justificación recogidas en el art. 20 No. 7 del CP : “el que obra en cumplimiento de un deber, o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.”¹⁵⁹

En mi opinión el agente encubierto que realiza actos típicos en el ámbito del delito de blanqueo de capitales, como puede ser el de adquirir los efectos procedentes de un delito grave¹⁶⁰ puede ver justificada su conducta en tanto en cuanto cumple con el deber que genéricamente la misma ley atribuye a los miembros de la Policía Judicial, esto es el de “..practicar averiguar los delitos públicos ...practicar según sus atribuciones las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos e instrumentos del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad policial” (art. 282 bis Lecrim.). De esta manera, el funcionario de la Policía Judicial que acepta su nombramiento como agente encubierto y realiza actos típicos de blanqueo como la adquisición de bienes procedentes de un delito grave podrá justificar su comportamiento alegando que lo ha realizado en el ejercicio legítimo de su deber de comprobar la existencia del delito y de descubrir a los intervinientes en la comisión del mismo. Deber que habrá ejercido legítimamente porque de cara a ese cometido, entre las atribuciones propias del funcionario policial investido como agente encubierto está la de infiltrarse con

¹⁵⁶ Cfr. LOPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO, “El agente encubierto”, La Ley, No. 4778, 20 de abril de 1999, pág. 1956, quien considera que por esa razón habría sido mas correcta su ubicación en el Código Penal.

Aunque no rechazo el carácter sustantivo de la disposición, comparto la opinión de GASCON INCHAUSTI, FERNANDO, Infiltración policial y “agente encubierto”, cit, pág. 276, cuando opina que su ubicación en la Ley de Enjuiciamiento Criminal no ha de considerarse “descabellada, toda vez que sirve para delimitar el ámbito de actuación reconocido a las autoridades de persecución penal cuando se sirven de la técnica de la infiltración policial.”

¹⁵⁷ En este sentido vid. GASCON INCHAUSTI, FERNANDO, Infiltración policial yop cit, pág. 277, PALMA HERRERA, JOSE MANUEL, Los delitos de blanqueo de capitales, cit, pág. 517, LOPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO, “El agente encubierto” cit, pág. 2, RIFA SOLER, JOSE MARIA, “El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en Revista del Poder Judicial, No. 55, tercer trimestre, 1999, pág. 172, QUERALT JIMENEZ, JOAN, “Recientes novedades legislativas en materia de lucha contra la criminalidad organizada: Ley Orgánica 5/99”, en La Ley, No. 4933, 23 de noviembre de 1999, pág. 1

¹⁵⁸ Tal parece que es la opinión de LOPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO, “El agente encubierto”, op cit, pág. 2.

¹⁵⁹ Vid. RIFA SOLER, JOSE MARIA, “El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, en Poder Judicial, 1999, No. 55, pág. 172, REY HUIDOBRO, LUIS FERNANDO, El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 335.

¹⁶⁰ Normalmente los supuestos en que habrá que analizar si cabe justificar la conducta del agente encubierto se darán respecto a los tipos del artículo 301.2 CP, ya que respecto al artículo 301.1 CP, la ausencia de elementos subjetivos del injusto (que será lo normal) en el ánimo del agente encubierto excluirá de antemano la tipicidad.

identidad falsa en las organizaciones criminales dedicadas a la comisión de aquellos delitos que como al blanqueo de capitales, entre otros, se refiere el propio artículo 282 bis apartado 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.¹⁶¹

Así las cosas queda claro que en nuestra opinión el cumplimiento de un deber derivado de su oficio es lo que permite excluir la antijuricidad de la conducta típica del agente encubierto. Cabe preguntarse si cualquier modalidad de blanqueo de capitales puede quedar cubierta por esa causa de justificación.

El artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza al agente para adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. En este sentido habrá que analizar si además de adquirir, y para los fines de la investigación, el agente encubierto podrá también convertir o transmitir bienes de origen delictivo.

Al respecto entiendo con PALMA HERRERA que una respuesta negativa sería absurda. Coincido con el citado autor que cualquier conducta que se aparte de la adquisición y transporte de los bienes de procedencia delictiva grave puede incluirse en la fórmula o cláusula general de “diferir la incautación de los mismos”.¹⁶² Y es que no resulta razonable que por un lado se admita que el agente encubierto pueda para el eficaz cumplimiento de su cometido, adquirir y transportar bienes de origen delictivo grave, y que por otro se rechace la posibilidad de que tenga facultades para convertir o transmitir bienes de tal naturaleza.

Sin la permisión para la realización de esos actos típicos de blanqueo no puede pensarse razonablemente en el éxito de la diligencia policial ; toda vez que no es plausible que un sujeto logre infiltrarse en la organización criminal sin cometer a su vez conductas típicamente relevantes ; pues tales actividades resultan en este sentido necesarias tanto para ganar la confianza de la organización como para mantener la ya obtenida.¹⁶³

Así las cosas a modo de conclusión podemos decir que las conductas de conversión y transmisión de bienes pueden quedar incluidas dentro de la fórmula general de “diferir” la incautación de los mismos. Es decir, estas acciones quedarán justificadas solamente cuando su realización supone dilatar, retardar o suspender temporalmente la aprehensión de los bienes.¹⁶⁴ A contrario sensu, no operará la

¹⁶¹ Cfr. PALMA HERRERA, JOSE MANUEL, Los delitos de blanqueo de capitales, cit, págs. 517-518, para quien la conducta del agente encubierto se ve justificada al actuar en el ejercicio legítimo de su oficio o cargo, señalando que no se trata del “cumplimiento de un deber”, toda vez que la designación como agente encubierto no puede ser impuesta a ningún agente de la policía judicial (art. 282 bis párrafo 2º de la Lecrim).. Discrepo de esa opinión. Es cierto que ningún agente de la policía judicial puede ser obligado a actuar como agente encubierto, pero dado el caso de que una vez que haya sido notificada su designación como tal y aceptado su encargo, puede justificar la posterior realización de actos típicos como ser el de adquirir bienes de origen delictivo porque precisamente lo ha hecho en el legítimo cumplimiento de un genérico deber de averiguación del delito y descubrimiento de sus autores y partícipes, por otro lado el cumplimiento de ese deber es también legítimo porque el agente habrá actuado dentro de la esfera de las atribuciones que como tal le corresponden. Y es que como lo afirma MIR PUIG, si bien el art. 20 No. 7 CP enumera cuatro supuestos , el del oficio y el del cargo no deben tomarse en consideración con independencia del cumplimiento de un deber o del ejercicio de un derecho, sino en cuanto *fuentes* de posibles deberes y derechos, con lo que cabe hablar de cumplimiento de un deber (o el ejercicio de un derecho en su caso) en dos situaciones: a) el derivado de un oficio o cargo y b) el no derivado de un oficio o cargo. En este sentido vid también: CEREZO MIR, JOSE: Curso de Derecho Penal Español, Parte General II, Teoría Jurídica del Delito, 6ª edición, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 290. QUERALT JIMENEZ, JOAN, “Tirar a matar”, en Cuadernos de Política Criminal, 1983, pág. 729 Nota 2, CORDOBA RODA en CORDOBA RODA / RODRIGUEZ MOURULLO, Comentarios al Código Penal, I, Ariel, Barcelona, 1972, pág. 360, MORALES PRATS, FERMIN, en Comentarios al nuevo Código penal, en AAVV, QUINTERO OLIVARES, Aranzadi, 1996, págs. 187-188, CARDENETE, MIGUEL, Comentarios al Código Penal, AAVV, Arts. 19 a 23, COBO DEL ROSAL, MANUEL, (Dir.), EDERSA, 1999, pág. 500, opinando que: “no puede contraponerse el ejercicio del cargo y el cumplimiento del deber, sino que por el contrario el primero resulta ser fuente del segundo”.

¹⁶² Vid. PALMA HERRERA, JOSE MANUEL, Los delitos de blanqueo de capitales, cit, pág. 518.

¹⁶³ Vid en este sentido GASCON INCHAUSTI, FERNANDO, Infiltración policial y “agente encubierto”, cit, págs. 88-89. Como lo explica este autor el Estado de esta manera justifica la realización de conductas tipificadas como delito a través de uno de sus funcionarios con la finalidad de reprimir con mayor eficacia la realización de actividades criminales. La represión del crimen utilizando la infiltración policial legalmente autorizada se revela más eficaz en tanto que el ámbito personal de la investigación es mayor (son mas las personas implicadas en el delito que podrán ser condenadas), lo que faculta el acceso a las cúpulas de las organizaciones, lo cual a su vez garantiza en mayor medida un posible desmantelamiento de aquellas. Por otro lado con la ayuda de la infiltración policial será mayor el número de conductas que puedan ser puestas de relieve (ya que son más las actividades y conexiones de la organización con otras de índole semejante las que pueden ser descubiertas).vid. también: DELGADO, JOAQUIN, Criminalidad Organizada, José María Bosch Editor, Barcelona, 2001, pág. 60, afirmando que para el logro de su cometido no le basta al agente encubierto “la maniobra engañosa consistente en la mera ocultación de la condición de policía, sino que deberá utilizar otra serie de mecanismos para lograr la confianza de los miembros de la organización, muchos de los cuales se sitúan en los límites del Estado de Derecho, en tanto que otros son constitutivos de delito”.

¹⁶⁴ Esto de cara al éxito de la investigación tiene enorme importancia, pues el aplazamiento en la intervención sobre los bienes de origen delictivo a través de conductas no solamente pasivas, sino que también activas como las de conversión y transmisión , pueden permitir al agente

causa de justificación cuando las acciones realizadas traigan como resultado no la demora, sino la imposibilidad de practicar la incautación.¹⁶⁵

VI.- REALIZACIÓN DE ACTOS TÍPICOS DE BLANQUEO FUERA DE LOS CASOS SEÑALADOS EN EL ARTICULO 282 BIS LECRIM Y SU POSIBLE JUSTIFICACIÓN.

6.1. LA ACTUACION EN ESTADO DE NECESIDAD Y SU POSIBLE EFICACIA JUSTIFICANTE

Se plantea en la doctrina si el agente encubierto que realiza actos típicos de blanqueo fuera de los casos y por ende más allá de los límites que señala el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, puede ver amparada su conducta por un estado de necesidad justificante.¹⁶⁶ Siendo más precisos, debemos aclarar si en tales circunstancias puede hablarse de una particular manifestación de estado de necesidad como lo es la colisión de deberes; que se presenta cuando para cumplir un deber es preciso infringir otro.¹⁶⁷

La colisión de deberes surge así entre el deber genérico de prevenir la comisión de hechos delictivos frente al deber de no realizar actos tipificados como delitos.

Siendo que la colisión de deberes es una manifestación particular del estado de necesidad, tenemos que determinar cuales son los requisitos legales que se exigen para admitir esta causa de justificación.

Al tenor de lo prescrito en el artículo 20.5° CP para que se dé la eximente de estado de necesidad es preciso:

- 1) El estado o situación de necesidad.
- 2) Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.
- 3) La no provocación de la situación de necesidad, y
- 4) Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

6.1.1.- EL ESTADO DE NECESIDAD

El artículo 20.5 CP empieza diciendo que está exento de responsabilidad criminal “el que en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno, lesiona un bien jurídico de otra persona o infringe un deber, siempre que concurren los requisitos siguientes...”

Antes que todo pues, debemos analizar en primer lugar si concurre un “estado de necesidad”, en el que deberá haber actuado el agente encubierto.

No existe una definición legal de lo que debe entenderse por estado de necesidad. No obstante siguiendo a MIR PUIG estimo que el estado de necesidad a que se refiere el artículo 20.5 CP debe definirse como un “*estado de peligro actual* para legítimos intereses que únicamente puede conjurarse mediante la lesión de

encubierto desplegar al mismo tiempo sus actividades de infiltración en la organización criminal a fin de hacer confluír la incautación de la mayor cantidad de bienes con la detención del mayor número de participantes en la operación de blanqueo.

¹⁶⁵ En este sentido PALMA HERRERA, JOSE MANUEL, Los delitos de blanqueo de capitales, cit, pág. 519.

¹⁶⁶ Plantea esta problemática en el ámbito del blanqueo de capitales PALMA HERRERA, JOSE MANUEL, op cit, pág. 519 y ss.

¹⁶⁷ Vid. MIR PUIG, SANTIAGO, Derecho Penal, Parte General, 4ª edición, Barcelona, pág. 446, vid también: CUERDA RIEZU, ANTONIO, La colisión de deberes en Derecho Penal, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 36, quien opina que la colisión de deberes existe “cuando el titular de dos deberes se encuentra en una situación en la que mediante el cumplimiento de un deber tiene que lesionar forzosamente al otro, y por lo tanto cometer una acción u omisión conminada con una pena”.

intereses legítimos ajenos y que no da lugar a la legítima defensa ni al ejercicio de un deber.¹⁶⁸

Así las cosas, para que pueda hablarse de estado de necesidad es necesario que el peligro sea actual, aunque este como lo puntualiza CERREZO MIR, no es suficiente, pues es preciso que la producción del mal que se pretende evitar sea también inminente.¹⁶⁹

Volviendo al caso que nos ocupa, es oportuno recordar que la inserción del agente encubierto en el ámbito de las organizaciones criminales tiene una finalidad muy específica: la obtención de información referida a los integrantes de la organización, (en especial de aquellas personas que ocupan posiciones superiores en los esquemas organizativos), y a las actividades delictivas llevadas a cabo por aquellos.¹⁷⁰ Dicho de otro modo, la finalidad de la información que el policía infiltrado busca y obtiene gracias a su entrada en la organización consiste en su empleo como prueba de cargo en un proceso penal, cuyo objeto lo constituyen en todo o en parte los hechos delictivos *cometidos* por las personas integradas en la organización criminal.¹⁷¹

Así las cosas podemos afirmar que normalmente la actividad del agente encubierto no va dirigida a impedir la inminente comisión de un delito, sino a descubrir y poner de relieve hechos delictivos ya cometidos. De este modo, es por ello que el agente encubierto que ejecuta actos típicos de blanqueo fuera de los casos o más allá de los límites legales prescritos, difícilmente justificará que los ha realizado para conjurar la producción de un mal inminente, toda vez que su actividad investigativa, normalmente se limita a recopilar información en torno a la comisión de delitos ya cometidos.

De esta manera, y siendo que el agente encubierto normalmente no se enfrenta una situación de peligro “inminente”, resulta innecesario analizar los restantes requisitos que configuran la eximente de estado de necesidad y por lo tanto cabe descartar en consecuencia una situación de “colisión de deberes”.¹⁷²

Distinta sería la situación – como lo apunta PALMA HERRERA- del agente encubierto cuya intervención sea necesaria para detener al delincuente e impedir así que este lleve a cabo el delito. Sin embargo como lo subraya el mismo autor, estos son supuestos que se apartan de la normal actividad del agente encubierto¹⁷³, cuyo cometido, lo repetimos una vez más, es la de suministrar a las autoridades de persecución penal la información necesaria para decidir sobre el ejercicio o no de la acción penal, o en su caso sobre la imposición de una pena a las personas responsables de hechos delictivos cometidos en el ámbito de la criminalidad organizada.

¹⁶⁸ Vid. MIR PUIG, SANTIAGO, Derecho Penal, Parte General, cit, Pág. 443. Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA / SERRANO GOMEZ, Derecho Penal Español, Parte General, 18ª edición, Dykinson, Madrid, 1995, pág. 569.

¹⁶⁹ Vid. CERREZO MIR, JOSE, Curso de Derecho Penal Español, cit, pág. 246, salvo, opina este autor, “cuando con el transcurso del tiempo no se pueda aportar solución alguna al conflicto”. En este sentido COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, Derecho Penal, Parte General, 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 521-522, BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE, Principios de Derecho Penal, Parte General, 5ª edición, AKAL, Madrid, 1997, pág. 271, CORDOBA RODA, JUAN, Las eximentes incompletas en el Código Penal, Instituto de Estudios Jurídicos, Oviedo, 1966, págs. 164-165, el mismo en Comentarios al Código Penal I, cit, págs. 275-276, MUÑOZ CONDE / GARCIA ARAN, Derecho Penal, Parte General, cit, pág. 367. El Tribunal Supremo en jurisprudencia constante también exige la inminencia del mal, vid entre otras. SSTS del 29 de septiembre de 1978, en la que se refiere a “una necesidad momentánea e imperiosa”, y la del 14 de febrero de 1978 que alude a “una necesidad aguda e inaplazable”.

¹⁷⁰ Vid. GASCON INCHAUSTI, FERNANDO, Infiltración policial y “agente encubierto”, cit, pág. 84.

¹⁷¹ Vid. GASCON INCHAUSTI, FERNANDO, op cit, pág. 85.

¹⁷² Vid sobre este tema con detalle: PALMA HERRERA, JOSE MANUEL, Los delitos de blanqueo de capitales, cit, pág. 522, quien además de estimar que no concurre una situación de necesidad frente a la que pueda actuar el agente encubierto, concluye que en todo caso el mal causado por éste último nunca puede ser inferior al que pretende evitar, toda vez que con su actuación además de afectar bienes jurídicos tutelados por el tipo penal de blanqueo, también se quebranta el orden público, la paz social y la armonía de la convivencia, agregando que justificar este tipo de actos supondría recurrir a mecanismos que en aras de una teórica “defensa” del orden establecido atentan contra bienes jurídicos, individuales y colectivos.

¹⁷³ Vid PALMA HERRERA, JOSE MANUEL, Ibidem

6.2.- CUMPLIMIENTO DE UN DEBER DE OBEDIENCIA Y SU POSIBLE EFICACIA JUSTIFICANTE

Otra cuestión que ha sido objeto de estudio, es la de si el agente encubierto puede realizar actos típicos de blanqueo más allá de lo permitido por el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando este lo hace en el cumplimiento de ordenes dictadas por un superior jerárquico.¹⁷⁴ Entramos así en el ámbito de lo que se ha venido conociendo como obediencia debida. Esta eximente era expresamente regulada en el No. 12, artículo 8 del anterior código penal.¹⁷⁵ El nuevo Código Penal en cambio ha suprimido este precepto, con lo cual quien obre en cumplimiento de un deber jurídico de obediencia ha de invocar la causa de justificación del artículo 20 No. 7 CP.¹⁷⁶ Dicho de otro modo, la “obediencia debida” ha de concebirse como una variante de la eximente de cumplimiento de un deber.¹⁷⁷

El Real Decreto 769/1987 de 19 de junio sobre regulación de la Policía Judicial establece en su artículo 7 que constituyen la Policía Judicial en sentido estricto las Unidades Orgánicas previstas en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 2/1986 de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, integradas por miembros de Cuerpo Nacional de Policía y de la Guardia Civil. Dichas Unidades Orgánicas entre cuyos miembros han de seleccionar quienes han de desempeñarse como agentes encubiertos, deben sujetarse en su actuación profesional a los principios de jerarquía y subordinación. (art. 5.1.d de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado).

Ello quiere decir que existe un deber genérico por parte de dichos agentes, consistente en obedecer o sujetarse a las ordenes dictadas por sus superiores jerárquicos.

Esto plantea el problema de determinar si cumple un deber solo quien acata una orden ajustada a Derecho o también existe en algunos supuestos el deber de cumplir determinadas ordenes antijurídicas. La doctrina se encuentra dividida al momento de admitir si en estos últimos casos existe una “obediencia debida”.

Para un sector doctrina es una incongruencia hablar de mandatos antijurídicos y al mismo tiempo vinculantes: si son antijurídicos no pueden ser lógicamente vinculantes y viceversa.¹⁷⁸

¹⁷⁴ Ampliamente sobre este tema vid. PALMA HERRERA, JOSE MANUEL, Los delitos de blanqueo de capitales, cit, pág. 524.

¹⁷⁵ Según el art. 8 No. 12 CPA estaba exento de responsabilidad criminal quien obrara “...en virtud de obediencia debida..”

¹⁷⁶ La naturaleza dogmática de la obediencia jerárquica, no es una cuestión pacífica en la doctrina. En este trabajo asumimos la tesis que aboga por considerarla una causa de justificación. Entre quienes mantienen esta postura vid. MIR PUIG, SANTIAGO, Derecho Penal, Parte General, cit, pág. 503, para quien el deber de obedecer ordenes no manifiestamente antijurídicas ha de verse en la necesidad de funcionamiento de la Administración Pública, en cuanto que esta no debe ser obstaculizada a cada momento por dudas de los subordinados acerca de la legalidad de las ordenes que reciban. Ello explica según este autor que la ley no solo *disculpa*, sino que *permite* la lesión del bien jurídico, cuando impone un deber de obedecer (art. 410 CP). En similar sentido: QUERALT JIMÉNEZ, JOAN, La obediencia debida, cit, pág. 414 opinando que lo que el legislador parece tener en mente al establecer la eximente es el aseguramiento de la capacidad de prestación de los servicios públicos. Otra opinión en cambio, mantiene otro sector de la doctrina, para quienes el deber de obediencia excluye en ciertos casos la culpabilidad, siendo el fundamento de la exigente la no exigibilidad de conducta distinta, el error, etc..., vid. MORILLAS CUEVA: La obediencia debida. Aspectos legales y político-criminales, Civitas, Madrid, 1984, pág. 146 y ss, RODRÍGUEZ MUÑOZ, JOSE ARTURO, Notas a la traducción española de EDMUND MEZGER, Tratado de Derecho Penal, I, Madrid, 3ª edición, Madrid, 1955, pág. 423, ANTÓN ONECA, JOSE, Derecho Penal, 2ª edición, dirigida por HERNÁNDEZ, JOSE JULIAN y BENEYTEZ MERINO, LUIS, Akal, Madrid, 1986 págs. 304-305

¹⁷⁷ Estando aún vigente el anterior Código Penal, ya se rechazaba el carácter autónomo de la eximente de obediencia debida respecto a la del cumplimiento de un deber, así: QUERALT JIMÉNEZ, JOAN, La obediencia debida en el Código Penal. Análisis de una causa de justificación. (art. 8, 12ª CP), Librería Bosch, Barcelona, 1986, págs. 445-448, acogen este mismo criterio en el Código penal vigente, entre otros: CEREZO MIR, JOSE, Curso de Derecho Penal Español, Parte General, cit, pág. 496, MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARAN, Derecho Penal, Parte General, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 380 y ss.

¹⁷⁸ Rechazan categóricamente la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios: VIADA Y VILASECA, SALVADOR, Código Penal reformado de 1870 con las variantes introducidas en el mismo por la Ley de 17 de julio de 1876. Concordado y Comentado, Barcelona, 4ª edición; CUELLO CALON, EUGENIO, Derecho Penal, Parte General I, revisado y puesto al día por CAMARGO HERNÁNDEZ, CESAR, 18ª edición, Barcelona, pág. 400 y ss, ARAMBURU Y ZULOAGA, FELIX, en adiciones de Elementos del Derecho Penal, traducción española de PESINA ENRIQUE, 3ª edición, 1919, pág. 432, COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, Derecho Penal, Parte General, cit, pág. 485, MORILLAS CUEVA, LORENZO, La obediencia debida, aspectos legales y político-criminales, Cuadernos Civitas, Madrid, 1984, pág. 86 y ss, OLMEDO CARDENETE, MIGUEL, Comentarios al Código Penal, AAVV, Tomo II, cit, pág. 581, BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE, Principios de Derecho Penal, 2ª edición, Akal, Madrid, 1990, págs. 157-158.

En cambio para otro sector de la doctrina que hoy puede considerarse mayoritario, no es preciso que la orden o mandato del superior jerárquico sean lícitos para que exista un deber jurídico de obediencia, dada la existencia en el Derecho español de actos o mandatos estatales antijurídicos obligatorios.¹⁷⁹

Personalmente me inclino por esta última postura, la que parece estar avalada por lo prescrito en el artículo 410 CP, que castiga la desobediencia de los mandatos dictados por autoridad competente que estando revestidos de las formalidades legales no sean manifiestamente antijurídicos, así como también por lo prescrito en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, cuando dispone que “en ningún caso, la obediencia debida podrá amparar ordenes que entrañen la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito o sean contrarios a la Constitución o a las leyes”.

Normalmente los requisitos exigidos para apreciar la eximente de “obediencia debida” son: en primer lugar se exige que la orden emanada de autoridad superior se encuentre dentro de los límites de su competencia. Para estos efectos se ha distinguido entre competencia concreta y competencia abstracta. Únicamente esta última se reputa necesaria para que una orden genere deber de obediencia, toda vez que el Derecho no concede a nadie competencia concreta para dictar una orden antijurídica constitutiva de delito.¹⁸⁰

En este sentido, las ordenes impartidas por el superior jerárquico del agente encubierto, que exigen a éste la realización de actos típicos de blanqueo fuera de los casos que prevé el artículo 282 bis 1 párrafo primero de la Lecrim. , con el propósito de prevenir y perseguir los delitos de blanqueo cometidos por los miembros de una organización criminal, entiendo que aunque ex – post quede plenamente demostrado que tales mandatos no se encuentran dentro del concreto círculo de atribuciones del ordenante, ex – ante si cabe estimar que los mismos se incluyen dentro de la esfera de atribuciones que en general aquel tiene asignada, lo cual cabe también decir respecto al subordinado, toda vez que corresponde a los miembros de la policía el deber genérico de “averiguar los delitos públicos...y ..practicar ...las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes...”

Pero no basta para apreciar la eximente a favor del que obra en obediencia jerárquica que superior y subordinado sean competentes como antes lo hemos dicho, desde el punto de vista abstracto y que la orden dictada aparezca revestida de las formalidades legales;¹⁸¹ es necesario además que la orden dictada no sea manifiestamente antijurídica.¹⁸²

En relación a este último requisito surge la cuestión de determinar para quien ha de aparecer como “manifiesta” o no la antijuricidad de la orden, es decir, si para el

¹⁷⁹ Mantienen esta opinión entre otros: CEREZO MIR, JOSE, Curso de Derecho Penal Español, Parte General II, cit, págs. 305-306, RODRIGUEZ DEVESA / SERRANO GOMEZ, Derecho Penal Español, Parte General, cit, pág. 535 y ss, MIR PUIG, SANTIAGO, Derecho Penal, Parte General, cit, págs. 496-497, CORDOBA RODA, JUAN, Las eximentes incompletas en el Código Penal, cit pág. 334 y ss, MUÑOZ CONDE / GARCIA ARAN, Derecho Penal, Parte General, cit, pág. 380, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO / HUERTA TOCILDO, Derecho Penal, Parte General, Madrid, 1986, pág. 265 y ss, CALDERON, ANGEL / CHOCLAN MONTALVO, JOSE ANTONIO, Derecho Penal, Tomo I, Parte General, Bosch, 2ª edición, Barcelona, 2001, págs. 218-219.

¹⁸⁰ Vid. MIR PUIG, SANTIAGO, Derecho Penal, Parte General, cit, pág. 497, CORDOBA RODA, JUAN, en CORDOBA RODA / RODRÍGUEZ MOURLLO, Comentarios al Código Penal, Tomo I, cit, pág. 390, vid también QUERALT JIMÉNEZ, JOAN, La obediencia debida en el Código Penal, cit, pág 151, este autor entiende que únicamente la competencia abstractamente considerada es útil al momento de analizar si concurre o no la obediencia debida, toda vez que si se requiriera la competencia concreta “resultaría que solo a la vista de lo acaecido, es decir ex – post , podría afirmarse si el superior ordenante era o no competente...al dictar el mandato que dictó”.

¹⁸¹ Sobre este requisito, vid ampliamente: QUERALT JIMÉNEZ, JOAN, La obediencia debida en el Código Penal, cit, págs. 202-203, para quien la inobservancia de formalidades no impide per se que la orden deba ser obedecida, de tal manera que “sean orales, escritas, por signos, visuales o en clave, en nada afecta a su consideración...según dicho autor, “si las formalidades no afectan a las garantías que la ley pretende proteger, el mandante habrá incurrido en un vicio que no es susceptible de ser enervado por el receptor de la orden, quedando abiertos los canales procedimentales de restauración del orden jurídico., vid también MIR PUIG, SANTIAGO, Derecho Penal, Parte General, cit, pág. 448, opinando que “los defectos inesenciales a que se refiere la legislación administrativa (art. 63.2 y 3, Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Régimen Administrativo Común no excluyen ni la competencia ni las formalidades legales requeridas por el artículo 410 CP, y necesarias para apreciar la eximente.

¹⁸² Ello se desprende de lo previsto en el art. 410 CP conforme al cual se comete el delito de desobediencia si no se cumplen órdenes de la autoridad superior dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, salvo que el mandato constituya “una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley o de cualquier otra disposición general.

subordinado o si para el hombre medio situado en la posición de aquel (criterio objetivo). En torno a esta cuestión comparto la opinión de MUÑOZ CONDE cuando dice que el carácter manifiesto, claro y terminante de la infracción debe estimarse de un modo objetivo, con lo cual basta con que un funcionario medio¹⁸³ situado en la circunstancia respectiva hubiera apreciado esa vulneración, con independencia de cuales pudieran ser las creencias del funcionario individual y concreto.¹⁸⁴

Como lo observa GASCON INCHAUSTI, el grado de formación y preparación es un factor básico para el éxito de la labor encomendada al agente encubierto, siendo ésta una cuestión que desde la perspectiva del proceso penal hay que tener por supuesta.

Los mandos policiales solo solicitarán al Juez o Fiscal la autorización para proceder a una infiltración cuando lo consideren viable, y uno de los factores determinantes de esa viabilidad lo constituirá sin duda la concreta persona propuesta para el desempeño de su función y su grado de preparación.¹⁸⁵ De este modo y en línea con este razonamiento podemos decir que respecto a cualquier funcionario medio de la policía judicial a quien se le encomiende el encargo de actuar como agente encubierto, - dado el nivel de formación que le es exigible para llevar a feliz termino una misión tan delicada- , cabe esperar que le parezca notoria, ostensible o evidentemente antijurídica la orden dictada por su superior para que realice actos típicos de blanqueo fuera de los casos o más allá de los límites previstos por el artículo 282 bis 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que imposibiliten la incautación de los bienes producto de actividades delictivas ; toda vez que el precepto legal antes citado no faculta al ordenante, ni tampoco al subordinado para la realización de tales actos. En consecuencia quienes reciban ese tipo de ordenes no estarán obligados a cumplirlas, por lo que en caso de acatarlas y darles cumplimiento, no podrán invocar a su favor la causa de justificación consistente en el cumplimiento de un deber de obediencia jerárquica.

En aquellos casos que el subordinado desconoce la antijuricidad de una orden que con sus datos el funcionario medio reputaría manifiesta, serán aplicables las reglas generales del error sobre los presupuestos de una causa de justificación,¹⁸⁶ problemática que desde nuestra perspectiva deberá ser analizada en sede de culpabilidad.

¹⁸³ Sobre el concepto de "funcionario medio", ALVAREZ GARCIA, JAVIER, El delito de desobediencia de los funcionarios públicos, cit, pág. 282, Nota 578, explica que cuando se habla de funcionario medio "la referencia no puede tomarse en relación a "cualquier funcionario", sino que habrá de tenerse en cuenta el ámbito de relación del sujeto que se contemple; es decir, deberán considerarse los conocimientos que le son exigibles al sujeto en concreto para poder desempeñar la función que le es atribuida. En este sentido y tratándose de un funcionario de carrera, en relación a los cuales se plantearán la mayoría de los supuestos, dato esencial a evaluar es el nivel de las oposiciones o concursos que debieron superar para acceder a la función".

¹⁸⁴ Vid. MUÑOZ CONDE / GARCIA ARAN, Derecho Penal, Parte General, cit, pág. 382, explicando que si bien la ley concede al funcionario un cierto margen para apreciar el carácter vinculante de la orden que se le imparta, ello no significa que haya que llegar hasta el punto de dejar totalmente a su arbitrio la apreciación de tal carácter. Cfr. ALVAREZ GARCIA, FRANCISCO JAVIER, El delito de desobediencia de los funcionarios públicos, Bosch, Barcelona, 1987, que sugiere un criterio subjetivo-objetivo: la orden según este autor será manifiestamente antijurídica cuando aparezca como tal ex - ante a un funcionario medio que tuviera los conocimientos especiales del autor. RODRÍGUEZ DEVESA / SERRANO GOMEZ, Derecho Penal Español, Parte General, cit, pág. 543 acuden a criterios subjetivos , haciendo depender el carácter "manifiestamente antijurídico" del conocimiento que tenga el sujeto en torno a la ilegalidad de la orden que recibe.

¹⁸⁵ Vid. GASCON INCHAUSTI, FERNANDO, Infiltración policial y agente encubierto, op cit, pág. 228.

¹⁸⁶ Esto para quienes entendemos que esta es la naturaleza de la obediencia debida, mientras que para otros es precisamente en este caso donde la obediencia debida opera como causa de exculpación. Vid. MORILLAS CUEVA, LORENZO, La obediencia debida, cit, págs. 149 y ss.