

L'autoblanqueig en les conductes de mera possessió

Canòlic Mingorance i Cairat

Magistrada del Tribunal de Corts sac@andorra.ad

Resum

L'auto-blanqueig en les conductes de mera possessió

L'article analitza la incriminació de l'auto-blanqueig a Andorra, especialment pel que fa a les conductes d'utilització i mera possessió, partint del debat doctrinal del nostre entorn, els estàndards del GAFI, l'evolució legislativa i la posició jurisprudencial.

Resumen

El auto-blanqueo en las conductas de mera posesión

El presente artículo analiza la incriminación del auto-blanqueo en Andorra, con especial atención a las conductas de uso y mera posesión; partiendo del debate doctrinal en nuestro entorno, los estándares del GAFI, la evolución legislativa y la posición jurisprudencial.

Résumé

L'auto-blanchiment dans des comportements de simple possession

Cet article analyse l'incrimination de l'auto-blanchiment en Andorre avec une attention particulière sur des conduites d'utilisation et de simple possession ; en prenant compte du débat doctrinal actuel sur le sujet, les standards du GAFI, les évolutions législatives et la position jurisprudentielle.

Abstract

Self-money laundering in conducts of mere possession

This article analyses the indictment of self-money laundering in Andorra referring specially to the conducts of use and mere possession; the current doctrinal, FATF standards, legislative evolutions and case law standards are considered.

Paraules clau

Autoblanqueig, blanqueig, GAFI, Moneyval, Andorra.



P
apers
de recerca
històrica
11

Concepte i doctrina



El concepte de blanqueig de diner ha evolucionat des de la tipificació de la conducta d'ocultació de l'origen delictiu d'un bé fins a la mera possessió del mateix.

Arran d'aquesta evolució s'ha plantejat quina és la rellevància penal de la participació en el delictes de blanqueig de l'autor del delictes subjacent. S'anomena delictes subjacent, aquella conducta il·lícita que genera un benefici quantificable econòmicament, que serà l'objecte del blanqueig posterior. La possibilitat d'incriminar com a autor del delictes de blanqueig a la persona que cometé el delictes subjacent és el que s'anomena autoblanqueig. Aquesta figura jurídica ha estat molt discutida a nivell doctrinal i en alguns països encara no és d'aplicació, malgrat la pressió internacional per introduir-la.

Pel que fa a la normativa supranacional, l'autoblanqueig ha estat incriminat sense cap limitació, i de manera general, d'ençà l'aprovació del Conveni d'Estrasburg,¹ el 1990. Com veurem posteriorment, malgrat que ha estat un element de debat tant a nivell nacional com en altres països, la posició a nivell internacional no ha variat al llarg del temps, si no és per imposar, cada cop amb més força, l'obligatorietat de la seva tipificació.

Doctrinalment l'autoblanqueig ha estat una qüestió summament controvertida, especialment a Espanya, fruit

1. Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, aprovada a Estrasburg el 8 de novembre de 1990.

de les diferents concepcions respecte el bé jurídic protegit en el delict de blanqueig i de la seva relació amb el principi de *non bis in idem*. El principi de *non bis in idem* determina que no es pot sancionar penalment una persona més d'una vegada pel mateix fet.

Malgrat que és una concepció totalment superada en l'actualitat, en els anys 80 i 90 part de la doctrina, basant-se en el Conveni de Viena,² que relligava el blanqueig al tràfic de drogues, havia considerat que el delict de blanqueig depenia del delict subjacent, que tenia com a raó de ser l'ocultació del tràfic o la producció de droga, a mig camí entre l'encobriment i la receptació.

En aquesta primera fase alguns autors consideraven que el bé jurídic protegit pel delict de blanqueig era únicament l'administració de justícia, ja que la finalitat del tipus penal era impedir o dificultar el descobriment del delict precedent. Aquesta concepció esdevé incoherent amb la posterior evolució del tipus penal com a delict autònom, però les reticències inicials s'han mantingut en algun sector doctrinal,³ tot i ser incompatibles amb la legislació vigent. Amb l'aprovació dels convenis de Palerm⁴ i Estrasburg, el blanqueig es predica de tot benefici obtingut d'una activitat delictiva, desvinculant totalment el delict subjacent del delict de blanqueig. El blanqueig és, inqüestionablement, un delict autònom que no requereix de condemna pel delict base. De fet, cada cop agafa més força la tipificació del que s'ha anomenat "*all crime approach*", és a dir, que l'origen del diner ha de ser il·lícit, sense més precisions, i sense que sigui necessari identificar de quin delict concret prové. Així, la prova de l'origen del delict es limita a la manca de justificació d'un origen lícit dels diners. Tot i que inicialment alguns autors ho identificaren amb una inversió de la càrrega de la prova, el Tribunal Europeu dels Drets Humans⁵ ja s'ha pronunciat de manera favorable, indicant

que no és una inversió de la càrrega de la prova, sinó la conseqüència de la manca d'activitat probatòria per part de qui té la facilitat per acreditar aquest extrem. En matèria de blanqueig la manca de justificació suficient de l'origen dels fons és un indicatiu en si mateix.

El que s'incrimina és el fet que diners d'origen il·lícit integren els mercats financers o comercials lícits, ja que distorsionen el funcionament normal de l'economia; per tant, tot i que alguns autors ho puguin considerar com un delict pluriofensiu, és, principalment, un delict contra l'ordre socioeconòmic. La doctrina també qüestiona la lesivitat de la conducta ja que la despesa de pocs centenars d'euros no comporta una distorsió en el mercat; per tant, la conducta no seria lesiva. És el que s'anomena injust de bagatella, i que part de la doctrina considera que ha de quedar fora de l'expansió del tipus penal del blanqueig per la seva manca de lesivitat respecte a l'ordre socioeconòmic. La doctrina alemanya, en canvi, parteix majoritàriament de la teoria de l'acumulació; el diner d'origen il·lícit s'acumula en els mercats i acaba per desestabilitzar-los creant situacions de competència difícils de mantenir per als operadors lícits, així com l'encariment desmesurat de certs productes o sectors refugi. Aquest principi de l'acumulació de la lesivitat permet incloure l'injust de bagatella en els delictes amb contingut lesiu pel bé jurídic protegit: l'ordre socioeconòmic. L'objectiu del blanqueig no és per tant l'ocultació, sinó, com exposa clarament Quintero Olivares, "l'objectiu final sempre serà el mateix: aconseguir que béns d'origen il·lícit puguin ingressar en els circuits econòmics normals",⁶ i aquesta és la conducta perseguida pel mal social que causa globalment, tot i que una sola acció pugui semblar imperceptible.

Aquesta concepció del blanqueig que es configura a partir

2. Conveni de les Nacions Unides contra el tràfic d'estupefaents, aprovat a Viena el 20 de desembre de 1988.

3. Per exemple, GÓMEZ PAVÓN, P. El bien jurídico protegido en la receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento, a *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 53, 1994, p. 459 i següents.

4. Conveni de les Nacions Unides contra la delinqüència organitzada transnacional, adoptat a Nova York el 15 de novembre del 2000.

5. Sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans de 2 de maig del 2017, cas *Zschüschen c/ Bèlgica*.

6. QUINTERO OLIVARES F., TAMARIT SUMALLA J.M., GARCÍA ALBERO R., *Comentarios al Código Penal Español*. Thomson Reuters / Aranzadi, 2006.

dels anys 90, i que integra plenament els estàndards internacionals als anys 2000, no només es fonamenta en un bé jurídic protegit diferent, sinó també en les conductes típiques, que no es limiten a l'ocultació, conversió o transferència de béns d'origen il·lícit, sinó també a la mera possessió dels mateixos i/o al seu ús. No es tracta ja de penalitzar l'ocultació i l'encobriment sinó de protegir l'ordre socioeconòmic, que es veu afectat per la introducció al mercat de béns il·lícits sense que es pretengui ocultar cap vincle amb el delicte subjacent.

L'aprovació del Conveni de Palerm i la creació de les 40 recomanacions del GAFI conformen un cos normatiu supranacional, la interpretació del qual per part del GAFI és incompatible amb les limitacions a l'autoblanqueig. El delicte de blanqueig no requereix de condemna prèvia pel delicte subjacent. La desvinculació entre ambdós fets delictius impedeix considerar un l'encobriment de l'altre. El legislador internacional és conscient, però, de l'ingent debat originat al voltant d'aquesta figura. És per això que a fi de facilitar que el major nombre possible de països signin els Convenis de Nacions Unides i del Consell d'Europa, tant els Convenis de Nacions Unides com el Conveni d'Estrasburg introdueixen dues excepcions: els països no podran tipificar les conductes d'adquisició, possessió o ús dels béns, ni l'autoblanqueig si és contrari als principis fonamentals del país. Pel que fa a les Directives Comunitàries⁷ es preveu una única excepció a l'obligació d'incriminació, que és l'autoblanqueig en les conductes de mera possessió.⁸

A nivell supranacional, tot i que el debat no està clos, la tendència es decanta a favor de la incriminació de l'autoblanqueig en totes les conductes típiques; és la posició del GAFI i la norma general en l'àmbit de la Unió Europea, tot i que manté l'excepció esmentada prèviament. En canvi, a nivell intern hi ha reticències tant dels

legisladors nacionals com de part de la doctrina i de la jurisprudència de certs països del nostre entorn a acceptar la normativa internacional. De retruc, aquesta posició s'estén a la normativa nacional que segueix els estàndards fixats en matèria de blanqueig.

En els delictes d'apoderament, com el furt o el robatori, la possibilitat de l'autoblanqueig ha originat un intens debat pels problemes que planteja amb el principi del *non bis in idem*. El delicte base es perfecciona justament quan l'autor té la possessió de la cosa, i aquesta mera possessió del bé il·lícit seria ja l'acció constitutiva del blanqueig. En aquest tipus de delictes la continuïtat en l'acció delictiva sempre solapa el perfeccionament del delicte subjacent d'apoderament amb l'acció típica del delicte de blanqueig, i necessàriament la consumació del primer delicte comporta la concurrència del segon. Aquesta circumstància és la que ha dut a qüestionar-se si estem davant d'una doble penalització d'una única conducta.

Alguns autors com Abel Souto consideren que la possessió en autoblanqueig només és típica a manca de condemna pel delicte subjacent.⁹ Aquesta posició portaria a afirmar que si hi hagués una condemna per blanqueig de manera prèvia a la causa seguida pel delicte subjacent, el robatori o el furt quedaria impune. Per aquest motiu, aquesta conclusió ha estat majoritàriament descartada, i a dia d'avui es considera que es tracta d'un concurs ideal de delictes. El concurs de delictes opera en tot cas amb el delicte subjacent pel diferent bé jurídic protegit en ambdós delictes i el caràcter autònom del blanqueig; doncs entre el blanqueig i els delictes de l'àmbit de la receptació i l'encobriment serien d'aplicació els criteris de l'especialitat i l'alternativitat. El blanqueig té caràcter de llei especial, i per tant s'aplica de manera preeminent enfront dels delictes d'encobriment o aprofitament del producte delictiu. El problema es manté però en aquells autors, avui

7. No oblidem que Andorra resta obligada a complir amb les Directives europees en matèria de lluita contra el blanqueig de capitals, en virtut de l'Acord monetari entre el Principat d'Andorra i la Unió Europea, de 30 de juny del 2011, i les corresponents actualitzacions acordades respecte l'Annex d'Actes jurídics que cal aplicar.

8. Directiva (UE) 2018/1673 del Parlamento Europeu y del Consejo de 23 de octubre de 2018 relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal.

9. ABEL SOUTO M., *La expansión, operada por la Ley orgánica 1/2015, de los hechos previos del delito de blanqueo a las antiguas faltas*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

minoritaris,¹⁰ que consideren que el blanqueig requereix d'ocultació, ja que el continuen vinculant amb l'encobriment. Entenen el blanqueig com una actuació d'autoencobriment, i pel principi del dret a no confessar-se culpable, les actuacions d'autoencobriment haurien de ser impunes. A aquest grup cal afegir aquells que consideren que l'injust de bagatel·la no pot veure's sotmès a un tipus penal tant greu i pretenen recercar una via per garantir la seva impunitat. A principis del mil·lenni aquest raonament fou recollit en diverses decisions judicials, cosa que comportà una distorsió del sistema entre la norma adoptada, seguint els estàndards internacionals, i la seva aplicació.

Aquesta disjuntiva entre una normativa clarament posicionada a favor de la incriminació de l'autoblanqueig i una doctrina oposada a la mateixa, tot i que de manera no uniforme i amb arguments contraposats, ha portat a una jurisprudència erràtica en el nostre entorn. A la vista de la forta influència que la jurisprudència dels països veïns té en les resolucions del nostre Tribunal Superior, aquesta discussió no serà sense conseqüències en el sistema penal andorrà. El legislador ha tractat de cloure aquesta discussió amb diverses reformes del tipus sense aconseguir-ho. A França la qüestió no es planteja en els mateixos termes atès que encara a data d'avui el text legal exigeix una voluntat d'ocultació sense descripció concreta de la conducta, ja que no s'ha transposat la Cinquena directiva europea en aquest aspecte. A Espanya, en canvi, el Tribunal Suprem ha estat errant, i entre els anys 2012 a 2015 ha anat variant de posició considerant que hi ha un concurs de delictes entre el delicte subjacent i l'autoblanqueig,¹¹ que no és possible la condemna per blanqueig si hi ha hagut condemna pel delicte subjacent,¹² o que per condemnar per autoblanqueig cal que concorri l'element subjectiu de la voluntat d'ocultació.¹³ La legislació espanyola presenta però una diferència essencial respecte el nostre tipus penal: l'article 301.1 del Codi penal espanyol

no diferencia les conductes d'adquisició, possessió i utilització de les de conversió i transmissió de béns, exigint per totes les conductes típiques l'element subjectiu "per ocultar o encobrir el seu origen il·lícit".

El legislador avança esperonat pel sistema regulador supranacional, amb el GAFI al capdavant, cap a un tipus penal clarament expansiu, i en canvi el judicial i la doctrina intenten acotar el seu àmbit d'aplicació. El problema rau en què la manca d'un posicionament judicial clar en l'aplicació de la llei, a banda d'inestabilitat jurídica, comporta noves dificultats. Així, l'excepció a l'obligació de tipificar recollida a la normativa internacional en relació amb la incriminació de l'autoblanqueig, podia sustentarse només en els principis fonamentals de l'Estat entesos com a principis constitucionals, i en conseqüència aquesta excepció no pot mantenir-se si en algun moment els tribunals han dictat una condemna per autoblanqueig, o aquesta és típica. Aquest posicionament anterior vincula el marge de decisió futur, ja que no pot ser que els principis fonamentals impedeixin avui allò que permeteren ahir amb el mateix redactat constitucional. Conceptualment, la jurisprudència i la doctrina del nostre entorn han anat a remolc, i tard, respecte el legislador i els estàndards internacionals, cosa que comportarà noves modificacions legislatives amb una tècnica sovint poc curiosa per mirar, per part del legislador, d'imposar per la força de la llei allò que la jurisprudència ha volgut esquivar.

L'autoblanqueig a la normativa supranacional

La pressió internacional per establir un determinat tipus penal, amb un clar posicionament a favor de la incriminació de l'autoblanqueig en totes les conductes, s'explica per la capacitat normativa del Grup d'Acció Financera Internacional (GAFI). El GAFI és un organisme amb un estatut jurídic molt particular. Va ser creat el 1989, pel G7, com a fòrum temporal d'anàlisi per efectuar un estudi de la situació del blanqueig, dins el sistema financer, a nivell

10. Entre altres, FARALDO CABANA P., *Antes y después de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales*. Estudios penales y criminológicos, núm. 34, 2014, p. 63.
11. Sentència Tribunal Suprem 884/2012, de 8 de novembre.

12. Sentència Tribunal Suprem 858/2013, de 19 de novembre.

13. Sentència Tribunal Suprem 265/2015, de 29 d'abril.

global. Trenta anys després és un ens tècnic conformat per Estats, però també per ens no governamentals com la Comissió Europea. La creació del GAFI no es va acompanyar de cap tractat internacional que actués com a Acord constitutiu, i a data d'avui tampoc es regula per cap Conveni internacional en el sentit clàssic del terme. En una definició estricta de dret internacional, la regulació emanada del GAFI només pot ser qualificada de *soft-law* atès que es limita a emetre recomanacions. La seva configuració no ha de veure's en cap cas com una feblesa, ja que és conscientment recercada per dos raons bàsiques: poder excloure dels centres de decisió tots aquells països sense entitat econòmica suficient,¹⁴ i disposar de la flexibilitat necessària per modificar la normativa en els temps del sector financer globalitzat, clarament més ràpids que els de les modificacions jurídiques, i imposar així una regulació mundial a una realitat econòmica que ja opera més enllà de les estructures estatals.

La missió del GAFI consisteix a protegir els sistemes financers i l'economia en sentit ampli de l'amenaça del blanqueig, però en fer-ho, fixa la política criminal en matèria de delinqüència transnacional i blanqueig a nivell global, incidint directament en el dret penal, i no només en la normativa de supervisió administrativa.

Les 40 recomanacions del GAFI¹⁵ són la norma de referència a nivell mundial pel que fa el blanqueig, tant des d'un punt de vista preventiu com repressiu. El seu nom i el caràcter jurídicament no obligatori de la normativa emanada del GAFI no ens han de confondre sobre la realitat imperativa tant de les recomanacions com de la metodologia del GAFI. A la pràctica, el GAFI és un organisme regulador i sancionador, reconegut com a tal a nivell mundial tant pels Estats com per la resta d'organitzacions internacionals. El GAFI i els seus organismes regionals avaluen 205 jurisdiccions, és a dir, gairebé tots els països i territoris del món. Es parla sempre

de jurisdiccions i no de països perquè alguns territoris tenen avaluació pròpia per les seves particularitats, com poden ser les illes del Canal o Gibraltar. Quan les avaluacions constaten mancances tècniques, o una aplicació poc efectiva de la llei, poden comportar la inclusió en seguiment reforçat, o llistes de països incomplidors o de risc alt, amb una sanció reputacional suficientment forta per a què la submissió als estàndards GAFI sigui natural i acceptada per a tots els Estats.

La Recomanació 3 és la relativa a la tipificació del blanqueig, però no pot ser llegida de manera aïllada, sinó que ha de ser interpretada d'acord amb la Metodologia¹⁶ i la Guia interpretativa.¹⁷ La Recomanació 3 remet als Convenis de Viena i Palerm, que com ja hem vist preveien l'autoblanqueig. El Conveni de Palerm s'ha d'interpretar d'acord amb la Guia legislativa per a l'aplicació de la Convenció de les Nacions Unides contra la delinqüència organitzada transnacional emesa per l'Oficina de les Nacions Unides contra la Droga i el Delicte (UNODC). Com veurem més endavant, a Andorra hi ha una forta discussió respecte a quina ha de ser la interpretació d'aquesta norma, però en qualsevol cas la interpretació que en fa el GAFI, en la seva metodologia i en les seves avaluacions, és que l'autoblanqueig s'aplica a totes les conductes típiques i que només no es pot aplicar en cas que una norma constitucional ho permeti expressament.

El Moneyval és l'òrgan que depèn del Consell d'Europa que s'encarrega de dur a terme la tasca d'avaluació dels països europeus, no membres del GAFI, partint de la normativa emanada d'aquest organisme i sobre la base de criteris de risc, eficiència i de validesa material. El fet que la normativa supranacional s'acompanyi d'un sistema de supervisió i seguiment atribueix als estàndards del GAFI un potencial normatiu en matèria de dret penal que tindrà una influència determinant en el legislador nacional.

14. Només són membres del GAFI 37 països, la Comissió Europea i el Consell de cooperació del Golf.

15. GAFI (2012-2018), *Recommandations du GAFI - Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération*, mise à jour octobre 2018, GAFI, Paris, France.

16. GAFI (2013-2020), *Méthodologie d'évaluation de la conformité technique aux Recommandations du GAFI et de l'efficacité des systèmes de LBC/FT*, mise à jour novembre 2020, GAFI, Paris, France.

17. GAFI (2019), *Procédures pour le quatrième cycle d'évaluations mutuelles du GAFI en matière de LBC/FT*, mise à jour octobre 2019, GAFI, Paris, France.

Atès que en les avaluacions s'havia constatat que hi havia països que no interpretaven la norma supranacional en aquest sentit, a partir del 2003 el GAFI va passar a considerar, de manera expressa, la incriminació de l'autoblanqueig com un requisit de compliment de la Recomanació, afegint que l'excepció a la seva penalització només podia operar quan fos contrària als principis constitucionals del país, cosa que s'havia de comprovar via avaluació. Aquesta restricció es va veure agreujada en sentit pràctic a partir del 2007, quan les avaluacions van passar a enfocar-se a partir del risc constatat a cada país. En aquest sentit a Andorra el risc de conductes d'autoblanqueig és elevat ja que la casuística habitual és el blanqueig del delictes subjacent comés a l'estranger, atès que l'autor del delictes base és sovint el titular o beneficiari final dels béns que es troben a Andorra o transiten per Andorra, sigui personalment o per una persona jurídica interposada.

La Recomanació 3 exigeix doncs, pel criteri setè, que el delictes de blanqueig s'apliqui a les persones que cometin el delictes subjacent, excepte quan sigui contrari als principis fonamentals del dret nacional. És a dir, és necessari que el principi de *non bis in idem* sigui un principi constitucionalment establert, no essent suficient que estigui recollit en una norma de rang inferior. Fins i tot en aquest cas, a criteri del GAFI, caldrà estar atents a com els tribunals interpreten aquest principi, havent de fer referència a la jurisprudència en la matèria, per justificar o no l'aplicació de l'excepció en el moment de l'avaluació.

En el cas andorrà el principi de *non bis in idem* no està establert com a tal a la Constitució, sinó a l'article 9 del Codi penal. El nostre Tribunal Constitucional ha afirmat però, en diferents ocasions, que és un element de la constitucionalitat de la legalitat andorrana, i que cal interpretar que és un principi inherent al dret al procés degut, reconegut a l'article 10.1 de la Constitució.¹⁸

Ara bé, com veurem més endavant, es fa difícil mantenir la

vigència d'aquest principi amb caràcter absolut ja que el Codi penal de 1990, vigent fins el 2005, recollia l'autoblanqueig en el seu article 145. En període post-constitucional, si bé el Codi penal del 2005 no incrimina l'autoblanqueig, sí que es va introduir en la reforma del 2013 pel que fa a certes conductes, com veurem més endavant. L'existència d'una tipificació per certes conductes comporta que no pot mantenir-se que el principi de *non bis in idem* sigui d'aplicació imperativa per ser un principi fonamental del dret nacional, sinó que caldria valorar el mateix des del punt de vista del bé jurídic protegit, en el sentit que no es tracta de jutjar el mateix fet, sinó que un únic fet és constitutiu de diversos delictes, en funció del bé jurídic lesionat, establint la possibilitat d'un concurs de delictes, com és el cas d'altres conductes en el nostre Codi penal.¹⁹

No es preveu més enllà de l'excepció genèrica una excepció particular pel que fa al tipus de conductes, com pretenen alguns autors que admeten l'autoblanqueig en les conductes d'ocultació però no en les de possessió. És a dir, el GAFI no diferencia entre les conductes orientades a l'ocultació i aquelles de mera possessió. Si bé es diferencia entre conductes típiques, siguin de convertir i transferir, siguin les conductes d'ajuda a la persona que ha comés la infracció, o siguin les de mera possessió o utilització, no s'estableix una conseqüència jurídica diferent per unes o altres, sinó que justament s'enumeren per garantir que el tipus penal les inclogui en tot el seu abast.

Per tant, si l'autoblanqueig és possible, constitucionalment parlant, ho ha de ser per a totes les conductes típiques. L'informe d'Andorra pel que fa al quart cicle d'avaluació del GAFI, l'any 2012, fou molt clar respecte aquest incís, considerant un dels punts negatius la manca de tipificació de l'autoblanqueig, i fou per tant una de les tres recomanacions principals que es recullen en les conclusions de l'informe pel que fa a la Recomanació 3. El Moneyval, organisme regional d'avaluació, entre altres,

18. Sentències del Tribunal Constitucional dictades en les causes 2015-6-RE i 2016-60-RE, a tall d'exemple.

19. L'article 114 del Codi penal, relatiu als maltractaments en l'àmbit domèstic, s'aplica cumulativament amb el delictes de lesions doloses o maltractament, per uns mateixos fets.

d'Andorra, no retingué per tant la possibilitat d'aplicar l'excepció a la norma de l'autoblanqueig, o en tot cas, entengué que no era un posicionament neutre a efectes de notació (Andorra obtingué una notació de "Parcialment conforme").

La posició del GAFI respecte a la incriminació de l'autoblanqueig és per tant molt clara, interpretant de manera extremadament restrictiva la possibilitat d'allegar l'excepció prevista al Conveni de Palerm o qualsevol altra limitació a la seva aplicació.

Si hom fa una lectura dels informes de la resta de països avaluats pel Moneyval, només Croàcia, Hongria i la República Eslovaca, juntament amb Andorra, plantegen encara, a data d'avui, una incriminació de l'autoblanqueig insuficient a criteri de l'organisme de seguiment. Això tenint en compte que la Recomanació 3 s'ha de llegir en concordança amb el Resultat immediat 7, que avalua l'eficàcia en les investigacions i les condemnes en matèria de blanqueig des del punt de vista de l'anàlisi del risc del país. Per tant, la tipificació no només ha de complir amb allò estipulat als Convenis de Viena i Palerm, sinó que la seva aplicació per part dels tribunals n'ha de garantir l'eficàcia, la investigació i la condemna, especialment respecte a les esferes de risc constatades al país.

Per determinar el risc que afecta al país l'eina jurídica és l'Estudi de Risc Nacional que elabora la Unitat d'Intelligence Financera (UIFAND) amb participació dels sectors públics i privats. A Andorra, ja des de les primeres avaluacions dutes a terme, s'evidencia un risc de blanqueig important per part de persones que cometen delictes subjacents a l'estranger i que es traslladen, o traslladen el producte d'aquest delicte, al país. No es tracta en molts casos d'estructures especialment complexes, sinó d'un canvi de jurisdicció a fi de gaudir del benefici del delicte allunyant-se de l'entorn en què s'ha obtingut. Andorra és en aquest sentit una jurisdicció atractiva per la seva regulació, ja que no oblidem que partim d'un sistema punitiu on esdevé necessari acreditar no només l'origen il·lícit dels fons, sinó també que provenen d'un dels delictes considerats subjacents per l'apartat 1 de l'article 409 del Codi penal.

La legislació nacional

La legislació andorrana ha estat molt inestable respecte al delicte de blanqueig, havent-se modificat l'article 409 del Codi penal en cinc ocasions, i havent-hi una nova modificació pendent de tràmit parlamentari en el moment de la redacció d'aquest article. Inicialment es tipificà l'autoblanqueig en el Codi de 1990, eliminant expressament aquesta possibilitat en el Codi del 2005, que recull un tipus penal on específicament es fa constar "coneixent-ne la procedència i sense haver estat condemnat com a autor o còmplice", per reintroduir-lo novament a partir del 2013.

La Llei 18/2013, de 10 d'octubre, qualificada de modificació del Codi penal, en el seu article 31, va reformar el tipus recollit a l'article 409 del Codi penal, d'una banda diferenciant entre els tres tipus de conductes típiques, seguint la línia dels Convenis internacionals en la matèria, i de l'altra introduint l'autoblanqueig. El Codi penal inclou com a conducta típica de blanqueig les conductes de convertir o transmetre diners, béns o valors, les conductes d'ocultar o encobrir la veritable naturalesa, origen, ubicació, moviment o propietat d'aquests béns, i finalment les conductes d'adquirir, posseir o utilitzar els mateixos béns. Pel que fa a les conductes de convertir o transferir, el legislador elimina la menció "sense haver participat en la comissió d'aquell delicte previ", que manté en la resta de conductes.

S'introdueix per tant l'autoblanqueig en el nostre Codi penal, tot i que de manera limitada. La voluntat del legislador és palesa clarament en l'exposició de motius de la reforma que esmenta: "hi ha hagut una modificació important en matèria d'autoblanqueig, en desaparèixer l'exclusió de punició en relació amb les conductes de conversió i transmissió, de manera que ara es castiga la conducta de l'autor del delicte origen i es manté l'exclusió en relació amb les conductes d'adquisició, ús i possessió, així com l'ocultació o l'encobriment per respecte al principi del *non bis in idem* i al dret a autoinculpar-se". Entenem que la voluntat del legislador fou fer referència al dret de l'acusat a no autoinculpar-se, i no a la inversa. Aquest raonament és però difícil de mantenir en termes de coherència. Si en les conductes de convertir o transmetre

no opera el principi de *non bis in idem*, per què opera en les conductes d'ocultació o encobriment? Pel que fa a la mera possessió del bé és possible, conceptualment, mantenir que no són conductes diferenciades. Ara bé, si transmetre o convertir el bé, amb la finalitat d'ocultar o dissimular l'origen il·lícit del producte del delictes, no té afectació pel que fa al principi de *non bis in idem*, per què ocultar el seu origen sí que tindria aquesta afectació?

En termes de compliment amb els estàndards internacionals i d'avaluació del sistema punitiu, la introducció de l'autoblanqueig té una conseqüència important: la impossibilitat d'al·legar posteriorment que l'autoblanqueig infringeix els principis fonamentals del dret nacional per la seva confrontació amb el principi de *non bis in idem*. Com que la Constitució permet la penalització, no és d'aplicació l'excepció prevista tant en el Conveni de Palerm com en el Conveni d'Estrasburg per a la tipificació de l'autoblanqueig. L'any 2015 l'afer BPA va marcar un abans i un després en la política criminal envers el blanqueig, tant a nivell preventiu com punitiu. La dificultat en què es trobava el país a nivell internacional va requerir d'avenços contundents per harmonitzar les lleis en matèria de blanqueig amb els requeriments del dret internacional, a fi de mantenir una posició que permetés al sector econòmic seguir operant dins el món globalitzat. Per aquest motiu, Andorra hagué de seguir un procés de seguiment reforçat fins el 2016, tot i que fou novament avaluada el 2017. En aquest context, el 16 de juliol del 2015²⁰ el Consell General aprovà una nova modificació de l'article 409 del Codi penal, eliminant en totes les conductes la menció "sense haver participat en la comissió d'aquell delictes previ". El Codi penal andorrà introduïa finalment la tipificació de l'autoblanqueig en totes les conductes típiques.

La intenció és clara en l'exposició de motius de la Llei: *"s'amplia la tipificació de l'autoblanqueig en relació amb les conductes d'adquisició, possessió, utilització, ocultació i encobriment, que s'afegeixen a les conductes de*

conversió i transmissió. Per tant, seran castigades per blanqueig totes les conductes mencionades amb independència de si la persona responsable d'aquestes conductes ha participat en la comissió del delictes subjacent o no."

L'expansió del tipus penal és importantíssima en un sistema jurídic com el nostre, on no opera el principi d'oportunitat sinó el de legalitat. La mera possessió de qualsevol bé que provingui d'un dels delictes inclosos en l'apartat 1 de l'article 409 del Codi penal (tots aquells amb una pena de presó el límit mínim de la qual sigui superior a sis mesos, a més dels que consten en aquest articulat) per part de l'autor o de qualsevol partícip en els fets delictuosos ha de comportar, a més, una condemna pel delictes de blanqueig si interpretem la norma en seguiment estricte de la voluntat del Consell General.

El principi del *non bis in idem* i la decisió de política criminal de no castigar l'autoencobriment deixen de ser aplicables en el delictes de blanqueig, per voluntat expressa del legislador, d'acord amb els paràmetres fixats internacionalment, especialment pel GAFI, i les recomanacions formulades pels avaluadors del Moneyval a Andorra en diverses ocasions. Malgrat que el delictes de blanqueig trenca definitivament amb la concepció de l'encobriment, la reforma no implica un canvi d'ubicació del tipus en el nostre Codi penal i segueix essent, pel títol al que pertany, un delictes contra l'Administració de justícia, el que és difícilment sostenible en la seva configuració actual. L'evolució legislativa defuig el debat doctrinal, tant en les exposicions de motius com en el tràmit parlamentari, i segueix la normativa supranacional amb reticències i resistència, però sense plantejar una problemàtica jurídica, sinó més aviat pràctica, especialment pel que fa als sectors econòmics concernits. Així, el legislador es preocupa més en delimitar els delictes subjacents i incriminar la responsabilitat penal de les persones jurídiques, que en incloure l'autoblanqueig en les conductes típiques, implementant aquesta mesura veient que la pressió internacional així ho anava exigint, sigui via avaluacions del Moneyval, sigui via la transposició de les Directives europees a les quals ens obliga l'Acord monetari amb la Unió Europea.

20. Llei 10/2015, del 16 de juliol, qualificada de modificació de la Llei 9/2005, del 21 de febrer, qualificada del Codi penal.

La jurisprudència

En matèria d'autoblanqueig, la sentència de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia 14/2020, de 29 de maig del 2020, dictada en la causa 6000076/2019, és la sentència de referència en la matèria. En aquesta causa la Sala Penal del Tribunal Superior, malgrat concloure en el Considerant I la procedència del pronunciament absolutori per manca de prova, s'esplaià en els dos considerants posteriors respecte a la regulació de l'autoblanqueig amb la clara intenció de fixar la posició del Tribunal Superior respecte a la interpretació de l'article 409 del Codi penal. Per poder entendre el raonament jurídic resumirem breument els fets que motivaren la sentència. El delictes subjacent era, presumptament, un delictes de robatori comés a Espanya, concretament als voltants d'Alp, el dia abans de la seva detenció a Andorra, sobre el que no havia recaigut condemna ja que el presumpte autor s'havia escapolit al Principat. L'autor identificat a Espanya era conegut per nombrosos furts i robatoris, sense que se li conegui activitat professional lícita. La sentència de primera instància no havia considerat provat el vincle entre el robatori i els diners trobats en possessió del presumpte autor l'endemà dels fets. El Tribunal Superior va confirmar la sentència, però a partir d'aquí va partir de la hipòtesi que hagués estat acreditat que els diners trobats en possessió de l'acusat provenien del robatori que havia perpetrat el dia anterior a Espanya per exposar la seva posició respecte a l'autoblanqueig. Es tracta per tant d'un hipotètic cas típic de blanqueig per possessió dels béns de l'autor del delictes d'apoderament.

En el Considerant III de la sentència el Tribunal Superior es posiciona clarament en la postura de la doctrina espanyola més reticent a l'expansió del tipus penal i considera, en paraules del propi Tribunal, que *“malgrat la punició de l'autoblanqueig, és necessari delimitar amb precisió la conducta típica per a evitar una ampliació desmesurada*

del tipus del blanqueig que pogués arribar a infringir la prohibició de la doble incriminació”.²¹

Així, el redactat de l'article 409 del Codi penal, que tipifica la mera utilització o possessió de béns de procedència delictiva per part de l'autor del delictes subjacent, a criteri de la sentència de referència porta *“a conseqüències absurdes, determinant una penalització desmesurada [...] vulnerant el principi de lesivitat material i el de proporcionalitat, així com la prohibició del non bis in idem”*. A fi d'evitar una interpretació literal del precepte, el Tribunal Superior afegeix un element subjectiu del tipus a l'autoblanqueig: la voluntat d'ocultació.

El Tribunal Superior considera doncs que la mera possessió d'un bé d'origen il·lícit per l'autor del fet típic només pot ser constitutiva de blanqueig si la intenció del subjecte és ocultar o dissimular l'origen il·lícit d'aquest bé, i no només fruir del producte del delictes. Per arribar a aquesta conclusió, el Tribunal exposa que l'apartat 3 de l'article 409 no permet l'autoblanqueig pel seu propi redactat, ja que fa referència al coneixement de l'origen il·lícit dels fons per part de qui els rep, i que aquesta menció només té sentit si qui els rep no ha participat en el delictes subjacent. Per tant l'autoblanqueig només es pot predicar de l'apartat 1 de l'article 409. La menció de l'apartat 3, *“sabent, en el moment de rebre'ls, que són producte, directe o indirecte”* (del delictes subjacent) és pel Tribunal diferent de *“coneixent-ne la procedència”* (delictiva), element subjectiu de l'apartat 1. A criteri del Tribunal aquesta exigència de saber en el moment de rebre'ls comporta necessàriament la intervenció d'un tercer, mentre que coneixent-ne la procedència sí que admeteria la possibilitat que l'autor del delictes subjacent en coneix la procedència per haver robat ell mateix els diners.

Aquest argument el reforça amb la Guia legislativa per a l'aplicació de la Convenció de Palerm, ja que la norma onusiana exposa que les conductes d'adquisició, possessió i utilització són d'aplicació als receptors dels fons, enfront les conductes de convertir i transferir, que estableixen la responsabilitat dels proveïdors dels fons il·lícits. Així, malgrat que la norma internacional tipifica l'autoblanqueig en totes les conductes, interpretar que les conductes de possessió només operen quan el tenidor del bé ha rebut el

21. Entenem que el Tribunal fa referència el principi de doble incriminació com a principi de *non bis in idem*, i no el que el dret internacional defineix com a “doble incriminació”, és a dir, la necessitat que els fets siguin tipificats en ambdós països.

mateix d'un tercer, limita l'autoblanqueig a les conductes d'ocultació.

Pel que fa a la vulneració del principi de *non bis in idem* cal remarcar que en el present cas però, no hi havia hagut condemna pel delictes subjacent, pel que sembla difícil mantenir que es conculqués el principi de *non bis in idem*. De fet, aquest és l'únic supòsit en què la doctrina espanyola més restrictiva en la matèria admet l'autoblanqueig.²² El Tribunal va concloure que la introducció a Andorra dels diners provinents del robatori no és per si mateixa una activitat d'ocultació ja que el canvi de jurisdicció es podia deure a altres motius, tenint en compte que l'acusat vivia en una zona propera al país i potser va viatjar fins a Andorra per altres motius més impulsius. En coherència, l'objecte del blanqueig també es veu limitat a la quantitat que destinà a adquirir efectes, i no a la totalitat de la suma que li fou segrestada en el moment de la seva detenció, conseqüència del fet que el que es considera conducta il·lícita és la conversió, però no la possessió del bé d'origen delictiu.

Recapitulant, el Tribunal Superior considera que la conducta de l'apartat 3 de l'article 409 no és aplicable en casos d'autoblanqueig ja que la mera possessió dels béns infringeix la prohibició del doble càstig o principi del *non bis in idem*, i per tant l'autoblanqueig només es pot predicar de les conductes de conversió i transmissió recollides a l'apartat 1 del mateix article, fins i tot en els casos en què no hi ha hagut condemna pel delictes subjacent.

Aquesta interpretació del Codi penal coincideix fil per randa amb aquella que feu el Tribunal Suprem espanyol el 2015; ara bé, val a dir que el redactat del Codi penal espanyol difereix de l'andorrà. En aquest sentit, el redactat vigent entre els anys 2008 i 2013 tipificava com a conducta típica "qui adquireixi o transmeti (...) per ocultar-ne el seu origen". Aquest redactat no fou acceptat pel Moneyval en la seva avaluació de l'any 2012 atès que considerava que les conductes d'adquisició no es podien equiparar a les de

transmissió, ja que les primeres no requerien de voluntat d'ocultació, cosa que motivà la reforma del 2013, que diferencia en tres apartats les conductes típiques exigint la voluntat d'ocultació únicament per les primeres. Com veiem, l'evolució legislativa del tipus penal ha estat diferent en ambdós jurisdiccions. Així el legislador espanyol no fa esment en cap moment a si hi ha o no autoblanqueig, i per tant correspon als tribunals la seva lliure interpretació. Com hem vist anteriorment, el Codi penal andorrà fou modificat per eliminar la menció "sense haver participat", i en l'exposició de motius s'esmenta clarament que la voluntat del legislador és tipificar l'autoblanqueig, també en les conductes de mera possessió, seguint la imposició del GAFI en les diverses avaluacions realitzades a Andorra, on s'exposava aquest fet com una mancança.

Aquesta sentència fou objecte de recurs d'empara en interès de la llei per part del Ministeri Fiscal, però el Tribunal Constitucional va desestimar el recurs en considerar que mancava de contingut constitucional i que es tractava d'una qüestió de legalitat ordinària.

Conclusió

La situació jurídica actual a Andorra pel que fa a la rellevància de l'autoblanqueig es caracteritza per una dicotomia entre un legislador clarament expansionista pel que fa al tipus penal del blanqueig i una jurisprudència que cerca la via per restringir l'aplicació del tipus. Aquesta situació no és una particularitat del nostre país, ja que si anem al dret comparat, més enllà del dret espanyol, trobem situacions molt similars a la nostra. Tenint en compte que en l'àmbit del blanqueig Andorra, com la resta de països del Consell d'Europa, ha de sotmetre's a avaluacions periòdiques respecte a l'eficàcia del seu sistema repressiu, la qüestió és si aquesta incoherència, entre legislatiu i aplicació judicial tindrà conseqüències a efectes de notació i pot incidir en una major pressió internacional per modificar novament el Codi penal, amb la conseqüent inestabilitat legislativa.

Si recerquem en el dret comparat una situació similar a la d'Andorra, l'any passat va ser publicada l'avaluació de Croàcia pel que fa a la cinquena ronda d'avaluació, en la que ens trobem immersos ara mateix. Croàcia és un cas

22. En aquest sentit, veure, a tall d'exemple, QUINTERO OLIVARES, G., Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2010.

clarament comparable al d'Andorra, ja que amb un tipus penal molt similar, aquest es va modificar per incloure l'autoblanqueig en totes les conductes típiques, seguint els estàndards del GAFI, a l'igual que ho va fer el legislador andorrà. Ara bé, el Tribunal Suprem de Croàcia ha establert que el fet que l'autor d'un delictes ingressi els diners obtinguts en el seu propi compte bancari, sense voluntat d'ocultació, no seria constitutiu de blanqueig atès que forma part de la fase d'apoderament i disposició del bé, i que cal una segona fase d'ocultació del bé per poder constituir el delictes de blanqueig, no essent possible l'autoblanqueig per mera possessió del bé.²³ Aquesta interpretació ha comportat per a Croàcia una notació de

“low”²⁴ (baix) en el Resultat immediat 7, l'eficàcia del sistema d'investigació i repressió del blanqueig, en considerar que els jutges i fiscals no estan suficientment formats en l'aplicació dels estàndards internacionals en matèria de blanqueig, i que fixen condicions d'aplicació del tipus penal no raonables.²⁵

Caldrà esperar doncs el nostre torn en el Cicle d'avaluació per determinar si aquesta situació és neutra a efectes de notació o comportarà una nova modificació del Codi penal per imposar una única interpretació possible, creant una situació legislativa inestable que, pel que respecta a l'article 409 ja és el tipus més modificat d'ençà l'aprovació del Codi penal.

23. Sentència del Tribunal Suprem de Croàcia 560/16, de 8 de setembre de 2016 (en seguiment de la dictada en la causa 625/13, el 28 de maig del 2015).

24. Aquesta és la notació més baixa que es pot obtenir en l'escala d'avaluació GAFI.

25. Council of Europe Committee of experts on the evaluation of anti-money laundering measures and the financing of terrorism, MONEYVAL (2021) Fifth Round Mutual Evaluation Report. Croàcia.