

ERNST-JOACHIM LAMPE

**Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Bielefeld**

El nuevo tipo penal del blanqueo de dinero (§ 261 StGB)*

Versión castellana de la conferencia publicada en *Juristen-Zeitung*, 1994, pp. 123-132, con el título "Der neue Tatbestand der Geldwäsche (§ 261 StGB)". Traducción de Miguel ABEL SOUTO, Profesor Asociado de Derecho penal de la Universidad de Santiago de Compostela, y de José Manuel PÉREZ PENA, Profesor de alemán del Instituto de Idiomas de la Universidad de Santiago de Compostela.

- * Redacción ampliada de una conferencia que he pronunciado en el congreso internacional sobre "blanqueo de dinero" ("The Phenomenon of Laundering Dirty Money - Possibilities of Prevention", Mikołajki, 21 a 24 de abril de 1993).

Sumario

I. RAZONES PARA LA INTRODUCCIÓN DEL NUEVO TIPO DEL BLANQUEO DE DINERO. II. PREMISAS JURÍDICO COMUNITARIAS E INTERNACIONALES. III. CONTENIDO Y CRÍTICA DEL TIPO ALEMÁN DEL BLANQUEO DE DINERO. IV. PROPUESTAS *DE LEGE FERENDA*. V. LA CONCRECIÓN DEL DEBER DE CUIDADO EN LA LEY DE LOCALIZACIÓN DE GANANCIAS. VI. PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA. VII. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL § 261.

Desde hace aproximadamente un año, un nuevo tipo penal está en vigor en Alemania: el *blanqueo de dinero* del § 261 StGB". Su introducción no sólo correspondió a una obligación

** (N.T.) Para facilitar, en la medida de lo posible, la lectura del presente trabajo nos ha parecido oportuno reproducir el tenor literal del § 261 StGB según la redacción de la "Ley para la lucha contra el tráfico ilegal de drogas y otras formas de aparición de la criminalidad organizada", de 15 de julio de 1992.

§ 261: Blanqueo de dinero

(I) El que en relación con un objeto que derive de un:

1. delito grave de otro,
2. delito menos grave de otro conforme al § 29, ap. 1, núm. 1 de la Ley relativa a los estupefacientes o
3. delito menos grave cometido por un miembro de una organización criminal (§ 129),

lo oculte, encubra su origen, o impida o ponga en peligro el descubrimiento del origen, la localización, la confiscación, el comiso o el aseguramiento de dicho objeto, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.

(II) Del mismo modo será castigado el que en relación con uno de los objetos señalados en el apartado 1:

1. se lo procure para sí o para un tercero o
2. lo custodia o aprovecha para sí o para un tercero si conocía el origen del objeto al tiempo en el que lo ha adquirido.

(III) La tentativa es punible.

(IV) En casos especialmente graves la pena privativa de libertad es de seis meses hasta diez años. Existe, por regla general, un caso especialmente grave cuando el autor actúe profesionalmente o como miembro de una banda que se haya asociado para la comisión continuada del blanqueo de dinero.

(V) El que en los casos de los apartados 1 ó 2 no reconoce por imprudencia grave que el objeto deriva de un hecho antijurídico de otro de los mencionados en el apartado 1, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.

jurídico comunitaria e internacional, sino también, a una necesidad político criminal de primer rango. No obstante, el tipo

(VI) El hecho no es punible conforme al apartado 2, cuando un tercero haya adquirido previamente el objeto, sin cometer por ello un hecho punible.

(VII) Los objetos a los que se refiere el hecho punible pueden ser decomisados. Es aplicable el § 74a. Los §§ 43a y 73d han de ser aplicables cuando el autor actúe como miembro de una banda que se haya asociado para la comisión continuada del blanqueo de dinero. También es aplicable además el § 73d cuando el autor actúe profesionalmente.

(VIII) A los objetos señalados en los apartados 1, 2 y 5 se equiparan los que deriven de hechos cometidos fuera del ámbito de aplicación espacial de esta Ley cuando los hechos también estén conminados con pena en el lugar del hecho.

(IX) No será castigado por blanqueo de dinero, el que:

1. denuncie voluntariamente el hecho a la autoridad competente o provoque voluntariamente tal denuncia, si el hecho no estuviese ya descubierto en ese momento totalmente o en parte y el autor lo supiese o tuviese que contar con ello por la valoración razonable de las circunstancias, y

2. provoque el aseguramiento del objeto al que se refiere el hecho punible en los casos de los apartados 1 ó 2 en los supuestos indicados en el número 1.

(X) El tribunal puede atenuar a su arbitrio la pena (§ 49, ap. 2) en los casos de los apartados 1 a 5 o puede prescindir de la pena según estas disposiciones, cuando el autor a través de la manifestación voluntaria de su saber ha contribuido esencialmente a que pudiera ser descubierto el hecho más allá de su propia contribución al mismo u otro hecho antijurídico mencionado en el apartado 1.

Una vez publicado el trabajo del Dr. LAMPE, el § 261, párrafo 1, núm. 2 del StGB fue modificado por la *Ley para el control del tráfico con materias primas que puedan ser usadas impropriamente para la elaboración ilícita de estupefacientes* (GÜG), de 7 de octubre de 1994 (BGBl. I, 2835; III, 2112-7), y la *Ley de lucha contra los delitos graves* (VerbrBG), de 28 de octubre de 1994 (BGBl. I, 3186), dio nueva redacción a la rúbrica del § 261 y a su párrafo 1, siendo su tenor actual el siguiente:

§ 261: **Blanqueo de dinero; encubrimiento de bienes ilícitos.** (I) El que oculte un objeto que derive de un hecho antijurídico de otro de los mencionados en el inciso segundo, encubra su origen, o impida o ponga en peligro el descubrimiento del origen, la localización, la confiscación, el comiso o el aseguramiento de dicho objeto, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa. Hechos antijurídicos a los efectos del inciso primero son:

1. los delitos graves,
2. los delitos menos graves conforme al párrafo 29, apartado 1º, inciso 1º, número 1 de la Ley relativa a los estupefacientes, o al párrafo 29, apartado 1º, número 1 de la Ley de control sobre materias primas,

representa una intromisión dudosa y profunda, tanto dogmáticamente como para el Estado de Derecho, en nuestro sistema de Derecho penal patrimonial. De ahí que subsista la duda de si la norma soportará un control del Tribunal Constitucional.

A continuación y en primer lugar, expondré esquemáticamente la situación político criminal que dio lugar a la introducción del nuevo tipo (*infra* I). Después, explicaré las premisas jurídico comunitarias e internacionales que llevaron a la introducción del tipo (*infra* II). Acto seguido, discutiré los problemas más importantes que el nuevo tipo trae consigo (*infra* III). Completaré mi crítica (destruktiva) a su indeterminación y amplitud a través de algunas propuestas (constructivas) de reforma (*infra* IV). Además, abordaré la función de la futura Ley de localización de ganancias para la medida de diligencia del tipo (*infra* V), así como algunos aspectos de su punibilidad de la tentativa (*infra* VI). Y concluyendo, justificaré por qué considero dudoso para el Estado de Derecho no sólo el tipo del § 261, sino también algunas de sus consecuencias jurídicas (*infra* VII).

I. RAZONES PARA LA INTRODUCCIÓN DEL NUEVO TIPO DEL BLANQUEO DE DINERO

El blanqueo de dinero es, *grosso modo*, la transformación de capitales ilegales en bienes legales¹.

3. los delitos menos graves conforme a los párrafos 246, 263, 264, 266, 267, 332 apartado 1º, también en conexión con el apartado 3º, o conforme al párrafo 334, que hayan sido cometidos profesionalmente por un miembro de una banda que se haya asociado para la comisión continuada de tales hechos, así como

4. los delitos menos graves cometidos por un miembro de una organización criminal (párrafo 129).

Tales modificaciones no empañan, en modo alguno, la actualidad de este trabajo, dado que las cuestiones jurídico dogmáticas que se plantea el Profesor LAMPE conservan toda su vigencia.

- 1 Una definición que se ha vuelto básica en EE.UU. designa al blanqueo de dinero como "the means, by which one conceals the existence, illegal sour-

La situación político criminal antes de la introducción del nuevo § 261 StGB se caracterizaba porque, por una parte, en Alemania no había ninguna base legal para castigar el blanqueo de dinero (*cf. infra* A), pero, por otra parte, su merecimiento de pena no daba lugar a dudas y se venía insistiendo constantemente en su necesidad de pena, tanto por el número de hechos cometidos, como por la dimensión de los daños causados (*cf. infra* B). Todas las razones hablaban, pues, a favor de una incriminación del blanqueo de dinero.

A. La situación jurídica alemana antes de la introducción del § 261 StGB

Antes de la introducción del § 261 en Alemania no había *ninguna disposición penal adecuada* para la persecución jurídico-penal del blanqueo de dinero².

El afirmar la *receptación* era lo más próximo. Con todo, el § 259 StGB exige como hecho previo un delito de desplazamiento patrimonial, y éste falta en la mayoría de los casos en los que los capitales blanqueados fuesen adquiridos a través de un hecho punible, pero no, exactamente, a través de un hecho que se “dirija contra el patrimonio ajeno”.

Un delito de desplazamiento patrimonial falta, por ejemplo, en la mayoría de los casos en los que los capitales blanqueados procedan

ce, or illegal application of income, and then disguises that income to make it appear legitimate” (The Cash Connection: Organized Crime, Financial Institutions, and Money Laundering, 1985, p. VII). La Exposición de Motivos del Proyecto de OrgKG (BT-Drs. 12/1989) define el blanqueo de dinero como “la introducción clandestina de objetos patrimoniales procedentes de la criminalidad organizada en el ciclo económico y financiero legal con el fin de su enmascaramiento”. *Vid.* para más detalles *infra* III.

- 2 Sobre lo siguiente *vid.*, especialmente, Arzt, Geldwäscherei - Eine neue Masche zwischen Hehlerei, Strafvereitelung und Begünstigung, NStZ 1990, 1 (2 y s.); Krey/Dierlamm, Gewinnabschöpfung und Geldwäsche, JR 1992, 353 (354 y s.). *Vid.* además Fuchs, Gewinnabschöpfung und Geldwäscherei, ÖJZ 1990, 544 (548 y ss.).

del tráfico de drogas. Ciertamente, el § 259 StGB no presupone un delito patrimonial en sentido técnico, pero sí un delito patrimonial en sentido amplio, que (a) se dirige contra los intereses patrimoniales ajenos y (b) motiva una situación patrimonial antijurídica³. El tráfico de drogas sólo cumple la segunda condición: el traficante de droga no se hace, conforme al § 134 BGB, propietario del precio de compra por él cobrado, su posesión es antijurídica. La primera condición, por el contrario, no se cumple: el traficante de droga, ciertamente, lesiona al comprador en sus intereses relativos a la salud, pero no en sus intereses patrimoniales.

Falta, además, un delito de desplazamiento patrimonial como hecho previo, en casi el mismo número de casos en los que los capitales blanqueados deriven de la *enajenación de mercancías hurtadas o adquiridas de otro modo a través de un delito patrimonial*. Aquí sólo se cumple la primera condición, pero no la segunda: el hecho previo, ciertamente, lesiona los intereses patrimoniales ajenos, sin embargo, en el precio de compra no subsiste la situación patrimonial antijurídica creada por el hecho previo (a no ser que el comprador de las mercancías fuese estafado y con ello el § 263 StGB opere como hecho previo). No hay una *receptación sustitutiva*⁴, o bien no es punible, según la doctrina dominante -ni siquiera cuando se trata de dinero⁵.

Finalmente, falta un delito de desplazamiento patrimonial *demonstrable* cuando ya no se puede reconstruir la conexión entre la adquisición punible y la posesión posterior del dinero. La pregunta: ¿procede el dinero inmediatamente de un delito patrimonial, o ha perdido su origen manchado debido a que ha pasado por varias manos?,

3 Cfr. Schönke/Schröder/Stree, StGB, ²⁴1991, § 259, marginal 7; Lackner, StGB, ²⁰1993, § 259, marginal 5 - respectivamente con ulteriores indicaciones.

4 Así, correctamente, la doctrina dominante: BGH, 12.4.1956 - 4 StR 60/56 = BGHSt 9, 137 (139) = JZ 1956, 607; BGH, 23.4.1969 - 3 StR 51/69 = NJW 1969, 1260 (1261); Bockelmann, Strafrecht BT/1, ²1982, 169 y ss.; Arzt/Weber, Strafrecht BT/4, ²1989, 154, con ulteriores indicaciones. En el Derecho penal austriaco se prevé la supresión de la punibilidad de la receptación sustitutiva (§ 165 öStGB) hasta ahora vigente.

5 De otra opinión Blei, Strafrecht BT, ¹²1983, 283; Roxin, Geld als Objekt von Eigentums- und Vermögensdelikten, en: Homenaje a Mayer, 1966, 467 y ss.; Rudolph, Grundprobleme der Hehlerei, JA 1981, I (4). En contra, convincentemente, Bockelmann (nota 4), 170.

tiene que quedar sin repuesta y el que posee tiene que ser absuelto según el principio procesal *in dubio pro reo*.

También la norma del *favorecimiento* era un arma roma frente al blanqueo de dinero. Ciertamente, el § 257 StGB no sólo sirve, como el § 259, para la protección patrimonial⁶. Sin embargo, castiga el apoyo después del hecho delictivo únicamente cuando se presta con la intención de asegurar al autor las ventajas de su hecho. De esa manera, no abarca ni la acción del traficante de droga que “blanquea” sus ingresos, ni la acción de aquel que, por mor de su propio beneficio, hace pagar mercancías o servicios con capitales procedentes de la droga.

Evidentemente, aquí hay aspectos discutibles. Así, en ocasiones, se defiende la opinión de que la “intención” de asegurar las ganancias exigida en el § 257 también abarca el *conocimiento cierto* de que el autor previo quedará en mejor situación que antes por la acción favorecedora⁷; el socio que actúa por utilidad propia ya infringe el § 257 cuando sabe que una ganancia del autor previo también, necesariamente, está unida a la ganancia propia. Esta interpretación extensiva del § 257, sin embargo, no tiene ninguna consecuencia práctica para el blanqueador de dinero. Pues casi nunca se le podrá probar el conocimiento seguro del origen del dinero y con ello el saber seguro para el aseguramiento de una ganancia antijurídica -y menos aún, cuando el dinero previamente ha pasado por diversas manos.

Cuando el dinero ha pasado por diversas manos, a menudo también fracasará, evidentemente, la aplicación del § 257, porque, según la doctrina dominante, la ganancia que el autor previo adquirirá tiene que derivar inmediatamente del hecho previo⁸. A esta inmediatez, ciertamente, se le exigen, en general, menos requisitos que en el § 259. “Los

6 Stree, Begünstigung, Strafreitelung und Hehlerei, JuS 1976, 137 (138).

7 Schönke/Schröder/Stree (nota 3), § 257, marginal 22. De otra opinión la doctrina dominante que requiere la intención de asegurar las ganancias en sentido técnico. Según ella, el autor tiene que tratar de impedir o dificultar, en interés del autor previo (BGH, 22.5.1958 - 4 StR 112/58 = NJW 1958, 1244), el restablecimiento de la situación legítima - aunque también podían haber sido decisivos otros motivos (cfr. OLG Düsseldorf, 22.3.1979 - 5 St 621/78 I = NJW 1979, 2320).

8 Cfr. RGSr 55, 18 (19); BGH, 6.6.1971 - 2 StR 191/71 = BGHSr 24, 166 (168) = JZ 1971, 597; BGH 24.10.1989 - 1 StR 504/89 = BGHSr 36, 277 = NSrZ

procesos puramente técnico financieros”, a modo de ejemplo, nada varían; el dinero cambiado de billetes pequeños a grandes o por moneda extranjera puede seguir siendo, más bien, objeto de un favorecimiento⁹. Pero si un traficante de droga compra, por ejemplo, un automóvil de lujo con sus ganancias y acto seguido vende éste a un tercero, entonces el tercero no comete ningún favorecimiento por falta de inmediatez, y ni siquiera cuando supiese con seguridad que el automóvil originariamente fue pagado con dinero sucio¹⁰.

Finalmente, tampoco el tipo de la *frustración de la pena* contribuía antes a la punición del blanqueador de dinero. Por regla general, el que blanquea capitales que derivan del tráfico de drogas no frustra con ello la punición del traficante de droga. En todo caso, impide que el dinero sea declarado producto delictivo para *confiscarlo*. Asimismo, la frustración de la confiscación cae dentro del § 258 StGB (*cfr.* allí la remisión al § 11, I, núm. 8 StGB). Sin embargo, no da lugar a la punibilidad, según el Derecho vigente, cuando existe un lesionado individual que puede hacer valer, por su parte, pretensiones de daños y perjuicios (§ 73, I, 2 StGB)¹¹, o cuando en lugar de la confiscación de las ventajas del hecho puede ser declarada la confiscación de objetos sustitutivos (§ 73, II, 2 StGB) o de un valor sustitutivo (§ 73a StGB)¹². Mas las medidas mencionadas en último lugar no son obstaculizadas, habitualmente, por el blanqueo de dinero.

1990, 124 y con mayor frecuencia. Además *Arzt/Weber* (nota 4), 144 y s.; *Dreher/Tröndle*, StGB, “1993, § 257, marginal 9; SK-Samson, StGB, “1991, § 257, marginal 17; *Schönke/Schröder/Stree* (nota 3), § 257, marginal 23.

9 *Cfr.* BGH, 24.10.1989 - 1 StR 504/89 = BGHSt 36, 277, según lo que, incluso la inversión en títulos valores no excluye la inmediatez.

10 Por supuesto, se podría renunciar, por razones político criminales, a la limitación del tipo al aseguramiento de ganancias inmediatas. Ya *Hegler* (Urteilsanmerkung, en: JW 1923, 931) y *Sauer* (System des Strafrechts BT, 1954, 500) habían propuesto esto con anterioridad. Pero a ello se oponían las mismas razones que a la punición de la receptación sustitutiva.

11 Lo dicho implica, por otra parte, muchos puntos discutibles - *cfr.* sobre esto *Krey/Dierlamm* (nota 2), 355 con ulteriores indicaciones. La restricción debería haber perdido parcialmente su importancia por el tránsito del principio neto al bruto en el § 73, I, 1 StGB.

12 *Cfr.* sobre esto, detalladamente, *Arzt* (nota 2), 3.

B. El sentido político criminal del nuevo § 261 StGB

La impunidad del blanqueo de dinero en el Derecho alemán se había ido convirtiendo cada vez más en un *escándalo político criminal*¹³. “Alemania se ha vuelto un Dorado de los blanqueadores de dinero”. Y: “si fuese traficante de droga, elegiría Alemania para el blanqueo de dinero”. Así, o de modo similar, se expresaban las críticas¹⁴. Las razones: “Alemania es preferida por los delincuentes debido a razones evidentes: la moneda es estable, los intereses altos, la situación normal. Por eso algunos miles de millones hacen cola aquí para ser blanqueados”¹⁵.

El escándalo de la situación era conocido desde hacía mucho por el gobierno federal. Ya en 1988 la Comisión de Justicia del Congreso le había recomendado,

“desarrollar inmediatamente propuestas para la confiscación efectiva de ganancias adquiridas antijurídicamente, especialmente con respecto al tráfico ilegal de estupefacientes y a la criminalidad económica”¹⁶.

A pesar de ello, el gobierno respondió presentando sólo un proyecto sobre una nueva sanción, esto es, la *pena patrimonial*. Entre tanto, éste se ha convertido en Ley como § 43a StGB:

“Cuando la Ley remita a esta disposición, el tribunal puede condenar, además de a una pena privativa de libertad perpetua o temporal superior a dos años, al pago

13 Sobre la necesidad político criminal de un tipo del blanqueo de dinero cfr. entre otros Pieth, *Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteldelikten: Zu den Hintergründen und Risiken der neuen Gesetzgebung*, en: StV 1990, 558 (559 y s.); Carl, *Kampf gegen die Geldwäsche. Gesetzliche Maßnahmen der EG und der Bundesrepublik*, wistra 1991, 228 y ss.; BT-Drs. 12/989, 1, 26.

14 Cito de “Der Spiegel” 9/1992, 130 y ss.

15 Cita de “Welt am Sonntag” de 8.3.1992, 46.

16 BT-Drs. 11/2597, 3 así como la Exposición de Motivos, 5 (“necesidad de acción legislativa urgente”).

de una suma de dinero, cuya cuantía está limitada por el valor del patrimonio del autor (pena patrimonial)..."

Se remite al § 43a StGB en los §§ 150, 181c, 244, 244a, 260, 260a, 261, 285b StGB y en el § 30c BtmG. Las normas conciernen a la falsificación profesional u organizada de moneda, a la trata de blancas, al robo cometido por banda, la recepción cometida por banda, el blanqueo de dinero organizado, la participación de un miembro de una banda en un juego de azar ilícito y la criminalidad relativa a drogas.

Sin embargo, el gobierno federal ya reconoció, en su Exposición de Motivos al Proyecto del § 43a StGB, que con una nueva sanción no se hacía nada en la lucha contra la criminalidad organizada, mientras faltasen las condiciones para su imposición y ejecución. Pero en el año 1989 no le pareció aún el momento oportuno para las actividades legislativas; antes se quería esperar a los muestreos fáctico jurídicos¹⁷. La urgencia, por supuesto, ya entonces parecía imponerse. Pues, solamente por medio de la criminalidad relativa a drogas se ganaban ya entonces en Alemania miles de millones¹⁸. Este dinero, en su mayor parte, fue a parar a cuentas de institutos de crédito y amenazaba con penetrar, desde allí, en el tráfico financiero y económico legal. Aunque, según las experiencias extranjeras, ese

17 Cfr. el informe del Ministerio Federal de Justicia sobre la traslación de la Convención de drogas... así como sobre las medidas para la localización de ganancias derivadas de drogas, BT-Drs. 11/5525 anexo 2, 15. La dimensión de la amenaza sigue siendo hoy poco clara. De la estadística criminal de la policía no se pueden desprender datos seguros, ya que la criminalidad organizada no se comprende como tal por la Ley penal. Las crecientes cifras de criminalidad en los ámbitos relevantes para la criminalidad organizada sólo ofrecen, asimismo, vagos puntos de partida, porque también pueden ser atribuidas a un comportamiento de denuncia alterado o a mejores métodos de investigación.

18 No es posible mencionar cifras exactas. Pero para todas las estimaciones es válido lo que *Bear/Schneider* constatan para Canadá: "There is no verifiable method for determining the size of the illicit economy. Estimated figures in this area of illicit proceeds, however carefully calculated, are only guesses. Once stated they take on a reality they do not deserve" (Executive Summary. Tracing of Illicit Funds: Money Laundering in Canada, 1990,2).

lugar es el más fácil para atrapar el dinero de la droga¹⁹, las autoridades de investigación no se le aproximaban por falta de base legal. Para ello necesitaban —además de normas procesales adicionales²⁰— de un tipo penal del blanqueo de dinero, de una ampliación de las disposiciones sobre la confiscación de ventajas patrimoniales antijurídicas y de un compromiso de los institutos de crédito para la cooperación en la localización de ventajas patrimoniales antijurídicas, tan pronto como éstas pasen por sus cuentas²¹.

Mientras tanto, el legislador alemán ha intentado satisfacer esta necesidad. Ha creado una disposición penal contra el “blanqueo de dinero” (§ 261 StGB), así como ha completado en el § 73d StGB las disposiciones existentes sobre la confiscación por medio de la admisión de la “confiscación ampliada”. El deber de cooperación de los institutos de crédito en la localización de ganancias procedentes de la criminalidad organizada aún no ha ido, en efecto, más allá de un proyecto; no obstante, la Ley se aprobará, probablemente, en este año, antes del período de descanso estival del Parlamento.

19 Cfr. sobre esto, detalladamente, *Krauskopf*, Geldwäscherei und organisier-tes Verbrechen als europäische Herausforderung, SchwZStr 1991, 385 (387: “punto flaco decisivo”); *Carl* (nota 13), 288.

20 Entre otras, el uso de agentes encubiertos, medidas para la toma de declaraciones, ampliación de la búsqueda por ordenador* y mejora de la protección de testigos - cfr. actualmente las normas procesales de la OrgKG, de 15 de julio de 1992 (BGBl. I, 1302).

* (N.T.) La búsqueda por ordenador (Rasterfahndung) sería una técnica de investigación criminal consistente en el examen, realizado con ayuda de ordenadores, de un gran grupo de personas que poseyesen características típicamente sospechosas (Cfr. DROSDOWSKI, G., Duden. Deutsches Universal Wörterbuch, Duden Verlag, Mannheim/Wien/Zürich, 1989, 2. Auflage).

21 Informe (nota 17), 15 y s.

II. PREMISAS JURÍDICO COMUNITARIAS E INTERNACIONALES

Antes de entrar en los pormenores del § 261 StGB como norma central, aún tengo que exponer brevemente los fundamentos jurídico comunitarios o internacionales más importantes de las tres modificaciones previstas o que ya han entrado en vigor: la *Directiva del Consejo de la Comunidad Europea* (91/308/EWG), de 10 de junio de 1991²², así como la *Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito con estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, de 19 de diciembre de 1988²³.

1. La Directiva de la Comunidad Europea mencionada obliga a los Estados miembros, dentro de su Ordenamiento Jurídico, a velar por

- que el blanqueo de dinero (para ello *infra* III) se prohíba (art. 2);
- que los institutos financieros y de crédito (para otros institutos *cfr.* art. 12) exijan de sus clientes la revelación de su identidad “mediante un documento acreditativo”, cuando éstos entablen con ellos relaciones de negocios (duraderas), efectúen transacciones por valor de 15.000 ecus o más, o sean sospechosos de blanqueo de dinero (art. 3);
- que los institutos financieros y de crédito aseguren las pruebas para procesos eventuales por blanqueo de dinero (art. 4);
- que se imponga a los institutos financieros y de crédito un deber de cuidado especial, si se evidencia un blanqueo de dinero (art. 5);

22 ABl. EG núm. L 166, 77. Críticamente sobre esto *Carl* (nota 13).

23 *Cfr.* BR-Drs. 506/92. La República Federal ha firmado la Convención el 19 de enero de 1989 con el fin de trasladarla legislativamente tan pronto como sea posible.

- que los institutos financieros y de crédito colaboren con las autoridades de persecución penal y esperen sus instrucciones cuando sea necesario (art. 6 y 7);
- que los institutos financieros y de crédito conserven en secreto sus comunicaciones a las autoridades y que las comunicaciones, cuando tengan lugar de buena fe, no deban tener ninguna consecuencia perjudicial (art. 8 y 9);
- que los institutos financieros y de crédito establezcan procedimientos internos de comunicación y control, así como que instruyan a su personal para prevenir cualquier forma de blanqueo de dinero o para impedirlo (art. 11).

2. La Convención de las Naciones Unidas de 1988 contiene, en el art. 3 un amplio catálogo de disposiciones penales, que han de ser previstas por los Estados miembros, contra la producción ilícita y el tráfico ilícito con estupefacientes, así como preceptos sobre la intervención de objetos patrimoniales que procedan del tráfico ilícito con estupefacientes. También se obliga a los Estados²⁴, entre otras cosas, a la puesta en vigor de tipos penales para punir el blanqueo de dinero del traficante de drogas ilegales.

24 En el apartado I, letra b y c (i). La disposición se inspira manifiestamente en el § 1956 del 18 U.S.C. introducido en 1986 en EE.UU. (reproducido por *Arzt, Das schweizerische Geldwäschereiverbot im Lichte amerikanischer Erfahrungen*, SchwZStrR 106 [1989], 160, 178 y ss.). La obligación en la letra b concierne a la “conversión o transmisión” (“conversion or transmission”) de objetos patrimoniales así como a la “ocultación o encubrimiento” (“concealment or disguise”) de su naturaleza, origen, etc. La obligación en la letra c (i) concierne a “la adquisición, la posesión o la utilización” (“the acquisition, possession or use”) de objetos patrimoniales; ello a reserva de los principios del sistema jurídico y de los principios constitucionales nacionales.

III. CONTENIDO Y CRÍTICA DEL TIPO ALEMÁN DEL BLANQUEO DE DINERO

El tipo penal del *blanqueo de dinero* (§ 261 StGB), introducido a través de la “Ley para la lucha contra el tráfico ilegal de drogas y otras formas de aparición de la criminalidad organizada (OrgKG)”, de 15 de julio de 1992²⁵, en vigor desde el 22 de septiembre de 1992, incorpora las premisas jurídico comunitarias e internacionales mencionadas, e intenta integrarlas en el capítulo “favorecimiento y receptación” del Código penal alemán. Obedece con ello, en primer lugar, a la indicación de la Directiva de la Comunidad Europea de prohibir el blanqueo de dinero “a los efectos de esta Directiva” (art. 2). Después, conmina con pena, en adhesión a la Convención de las Naciones Unidas, una serie de acciones que, por regla general, tienen su origen en el propósito de sustraer a la intervención de los órganos de persecución penal los objetos patrimoniales derivados de la criminalidad relativa a drogas. Y finalmente, completa su regulación con los casos de blanqueo de dinero después de los delitos graves o después de la criminalidad organizada a los efectos del § 129 StGB. En suma, tiene que alcanzar a todas las formas de criminalidad organizada (en sentido amplio), la lucha contra la cual contempla este tipo como el problema político criminal actualmente más apremiante en Alemania.

A. Bien jurídico y carácter general

En primer lugar, bien jurídico del § 261 es, lo mismo que para el § 257 StGB, la Administración de Justicia estatal—por una parte, en su función dirigida a la reparación²⁶, por otra, en su

25 Sobre el proceso normativo *cfr.* Möhrenschräger, Das OrgKG - eine Übersicht nach Amtlichen Materialien, wistra 1992, 281 y s.

26 Así también BT-Drs. 12/989, 28. Si bien la identidad del bien jurídico del § 261 con el del § 257 se afirma en general (*cfr.* Dreher/Tröndle [nota 8], § 261, marginal 3b), sin embargo, también se admite para el § 257, que su

función de salvaguardar a la comunidad de hechos punibles ulteriores²⁷. Bien jurídico es, además, el ciclo financiero y económico legal, que tiene que ser preservado de la mezcla con los valores patrimoniales ilegales.

El concepto “blanqueo de dinero”, que se utiliza como rúbrica, es concebido muy ampliamente tanto por la Convención de las Naciones Unidas como por la Directiva de la Comunidad Europea. Según el art. 1 de la Directiva de la Comunidad Europea significa:

- la conversión o transferencia de objetos patrimoniales con el conocimiento de que dichos objetos patrimoniales proceden de una actividad delictiva [a los efectos de la Convención de las Naciones Unidas] o de la participación en una actividad de ese tipo, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los objetos patrimoniales o de ayudar a personas que estén implicadas en dicha actividad a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos;
- la ocultación o el encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, localización, disposición o movimiento de objetos

bien jurídico es el mismo que el lesionado mediante el hecho previo (así, por ejemplo, *Bockelmann*, Über das Verhältnis der Begünstigung zur Vortat, NJW 1951, 620 [621]; *Miehe*, Die Schutzfunktion der Strafdrohungen gegen Begünstigungen und Hehlerei, en: Homenaje a Honig, 1970, 91 [103 y ss.], pero en el sentido de la doctrina dominante *BGH*, 24.10.1989 - I StR 504/89 = *BGHSt* 36, 277 [280 y s.]). Es dudoso que también se pueda trasladar al § 261 la opinión minoritaria.

Críticamente sobre la sistemática adoptada por el Derecho suizo, en particular, *Stratenwerth*, Geldwäscherei - ein Lehrstück der Gesetzgebung, en: *Pieth* (ed.), Bekämpfung der Geldwäscherei - Modellfall Schweiz?, 1992, 97 y ss.; *Kienapfel*, Die Geldwäscherei, ÖJZ 1993, 80 y ss. El § 261 VIII, al contrario que la regulación suiza, amplía la punibilidad también a los hechos cometidos en el extranjero.

- 27 Si bien la función preventiva de la Administración de Justicia estatal no se menciona como bien protegido en la Exposición de Motivos oficial al § 261, la regulación se basa en ella, como lo demuestra la intervención incrementada sobre las ganancias del hecho. A tal efecto se dice (BT-Drs. 12/989, 1): “Al mismo tiempo, con la intervención de las ganancias del hecho los delincuentes también deben ser privados del capital de inversión para la comisión de ulteriores delitos”. Cfr. también *Barton*, Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche, StV 1993, 156 (160).

patrimoniales o de la propiedad efectiva de objetos patrimoniales o de derechos correspondientes, a sabiendas de que dichos objetos proceden de una actividad delictiva o de la participación en una actividad de ese tipo;

- la adquisición, la tenencia o la utilización de objetos patrimoniales, cuando en el momento de la recepción de esos objetos patrimoniales se sabía que esos objetos procedían de una actividad delictiva o de la participación en una actividad de ese tipo;
- la participación en alguna de las acciones mencionadas en los tres guiones precedentes, las asociaciones para cometer alguna acción de ese tipo, las tentativas de alguna acción de ese tipo, la ayuda, la instigación o el consejo para la comisión de alguna acción de ese tipo o la facilitación de su comisión.

Al igual que los otros tipos del capítulo, el blanqueo de dinero es una forma de *auxilium post factum*, es decir, de auxilio delictivo después del hecho delictivo ajeno²⁸. Pero mientras que los otros tipos se orientan personalmente —puesto que el favorecimiento, a saber, asegura al autor previo las ventajas de su hecho, la frustración de la pena le asegura la impunidad y la receptación, por el contrario, permite participar al autor posterior (receptador) en las ventajas del hecho—, el blanqueo de dinero se concibe objetivamente: en el blanqueo se trata de la *reintroducción clandestina en el ciclo financiero o económico legal de ganancias delictivas objeto de confiscación por el Estado*. El legislador considera esa reintroducción clandestina, en la medida en que tiene lugar organizadamente, no sólo como contraria a la Administración de Justicia estatal, sino también como peli-

28 Esta limitación no es obligatoria. También el patrimonio legal, por ejemplo, uno que fuese ocultado a efectos fiscales, puede dar lugar a un “blanqueo de dinero”. Si alguien tiene que demostrar, a modo de ejemplo, de dónde recibe el dinero para la compra de un inmueble, entonces esta obligación puede inducirle a tomar un préstamo ficticio considerable en un banco luxemburgués o a servirse de otras artimañas características del blanqueo de capitales ilegales. *Cfr.*, además, sobre las formas de aparición del blanqueo de dinero la tesis (inédita) de Kern, *Geldwäsche und Organisierte Kriminalität*, 1993, pp. 17-51.

grosa para la economía y como corruptora de los institutos financieros. Ya sólo por eso quiere impedirlo. Al mismo tiempo, le importa decomisar en los casos con éxito las ventajas del hecho a los autores y partícipes del hecho previo y dificultarles la continuación de su conducta delictiva.

B. Los objetos del hecho

El § 261 no circunscribe, como es evidente, los *hechos previos* delictivos, conforme a los que puede ser efectuado un blanqueo de dinero punible y de los que tienen que “derivar” los objetos “blanqueados”, a la criminalidad organizada. Más bien distingue tres grupos:

1. El primer grupo lo forman los “*delitos graves de otro*”. Ya que el § 261 no sólo engloba en su protección objetos patrimoniales, sino todos los objetos, en tanto que no sólo se toman en consideración delitos graves patrimoniales, sino también, por ejemplo, los delitos graves contra la vida o la integridad física (§§ 211 y ss., y 224 y ss. StGB) o la extorsión para obtener una declaración del § 343 StGB. Ya aquí se muestra que, o bien el tipo es demasiado extenso, o su denominación como “blanqueo de dinero” demasiado restrictiva. En consecuencia, se plantea ya aquí el problema fundamental de si se debe interpretar el tipo restrictivamente, en vista de su denominación, o extensivamente, en vista de su tenor literal.

Si se siguiese el tenor literal de la norma, entonces en el futuro también se tendría que castigar como blanqueo de dinero la ocultación de cadáveres o de partes de un cadáver tras un asesinato - porque también éstas son “objetos”²⁹ que derivan de un delito grave³⁰. Hasta la fecha fácticamente sólo era punible una conducta de ese tipo, si contribuía a la frustración de la pena;

29 LR-Schäfer, StPO, ²⁴1986, § 94, marginal 9; SK-Rudolphi, StPO, 1992, § 94, marginal 11.

30 El § 261 StGB no menciona —al contrario que el § 74 StGB— que los objetos tengan que ser “producidos” mediante el delito grave.

desde ahora, por el contrario, sería punible con independencia del propósito que el autor persiga con ello. Asimismo, en el futuro se castigaría por blanqueo de dinero al que evite o dificulte que se encuentre en un registro domiciliario la confesión escrita obtenida mediante extorsión por un titular de la función pública. Pues la confesión ha sido producida mediante un delito grave (§ 343 StGB) y por lo tanto está sujeta al comiso (§ 74 StGB), cuyo impedimento o puesta en peligro conmina con pena el § 261 I. Hasta la fecha sólo era punible esa conducta, si contribuía al aseguramiento de las ganancias (favorecimiento, § 257 StGB) o si estorbaba a la Administración de Justicia (frustración de la pena, § 258 StGB); desde ahora el fin perseguido no tendría ninguna importancia.

Asimismo, la relación personal del autor con el titular de la función pública no tendría ninguna importancia. Si la mujer del titular de la función pública evita la localización de la confesión obtenida mediante extorsión, para preservar a su marido de una punición, entonces en el futuro le sería suprimido el privilegio previsto para los parientes, que hasta la fecha le preservaba de punición conforme al § 258 VI StGB. Y no sólo le sería suprimida esa prerrogativa, sino también, y ante todo, la garantía relativa a la exigencia del dolo. En otras palabras, en el futuro ya sería punible cuando no reconocca por imprudencia grave que su marido ha obtenido la confesión mediante extorsión (§ 261 V).

Sólo se puede eludir una ampliación exorbitante tal de la punibilidad, si se circunscribe la referencia del § 261 I núm. 1, por lo menos, a *los objetos patrimoniales*³¹. Pero incluso cuan-

31 Las razones para la inclusión de objetos no englobables en el patrimonio ni han sido mencionadas en las discusiones sobre la Ley, ni han sido añadidas posteriormente. La redacción original del Proyecto aún contenía el concepto de "objeto patrimonial" (cfr. BT-Drs. 12/989, 7). Hasta el informe del gobierno federal no se propuso "sustituir la palabra 'objeto patrimonial' por el concepto 'objeto', porque este concepto se corresponde con el uso idiomático habitual tanto del Código penal (cfr. §§ 73 y ss.) como de la Ley procesal penal (cfr. §§ 94 y ss.) y no es constatable una distinción objetiva" (BT-Drs. 12/989, 53 [anexo 2]). A favor de una limitación a los objetos patrimoniales también parece estar *Dreher/Tröndle* (nota 8), § 261, marginal 4; de otra opinión parece ser *Lackner* (nota 3), § 261, marginal 3.

do, conforme a ello, se permite que sean suficientes como hechos previos tan sólo los delitos graves que hayan proporcionado al autor “dinero u otros objetos patrimoniales”³², sigue manteniéndose dentro de la punibilidad como blanqueo de dinero la custodia del botín procedente de un hurto agravado cometido por banda (§ 244a StGB) o de un robo (§ 249 StGB). Y también en contra de esto, en mi opinión, existen dudas. Pues la custodia de un botín eventualmente mínimo o el encubrimiento de su origen no son, generalmente, tan peligrosos, ni para el ciclo financiero y económico, ni para la Administración de Justicia, como para que también tuvieran que ser castigados en el futuro sin el propósito del aseguramiento de las ganancias o de la frustración de la pena. Especialmente, no se puede justificar por que en el futuro ya debe ser constitutivo de delito el error por imprudencia grave sobre el origen del botín (*cfr.* § 261 V).

2. Junto a los objetos derivados de un delito grave también se engloban en el § 261 los que derivan de una *violación del § 29 I núm. 1 BtmG*. Ciertamente, el “blanqueo” de estos objetos a menudo constituye, incluso, el contenido esencial del § 261. No obstante, el tipo deja abiertas, de nuevo, cuestiones problemáticas, de las que aquí quiero plantear, al menos, una: ¿puede ser objeto de un blanqueo de dinero junto al precio de

32 *Cfr.* sobre esto *P. Bernasconi*, Finanzunterwelt. Gegen Wirtschaftskriminalität und organisiertes Verbrechen, 1988, 49 y ss., en el que apoya la extensión del blanqueo de dinero a todos los delitos graves como hechos previos. Sin embargo, *Bernasconi* limitaba el “Geldwäscherei”*, únicamente, al “dinero u otros valores patrimoniales”; por eso sólo tomaba en consideración como hechos previos aquellos que procuraban al autor previo una ganancia pecuniaria u otras ganancias patrimoniales: robo, extorsión, tráfico de drogas, falsificación de moneda y similares.

* (N.T.) Si tradujésemos aquí “Geldwäscherei” por blanqueo de dinero, aunque fuese lo procedente, se perdería la connotación que el Profesor LAMPE quiere dar con el entrecomillado, pues mientras los alemanes generalmente utilizan el término Geldwäsche para aludir al blanqueo de dinero, los austríacos y la parte helvética de habla germánica, añadiendo la partícula iterativa -erei, prefieren referirse al Geldwäscherei. Por ello, no es de extrañar que Paolo BERNASCONI, magistrado, docente y colaborador del legislador suizo, hable del “Geldwäscherei”.

compra también el mismo estupefaciente? La respuesta afirmativa a la cuestión *concuera* con el tenor literal de la Ley, esto es, con su referencia al § 29 I núm. 1 BtmG, que además del tráfico de estupefacientes también menciona, entre otras cosas, el cultivo, la elaboración y el procurárselos. Ello *contradice*, con todo, la voluntad del legislador, que mediante el § 261 quería conminar con pena “la introducción clandestina de objetos patrimoniales procedentes de la criminalidad organizada en el ciclo económico y financiero legal con el fin de su enmascaramiento”³³. Este fin sólo se puede alcanzar con el precio de compra de un estupefaciente, pero, por el contrario, no con el estupefaciente mismo, porque para ello no existe ningún ciclo económico legal. El tenor literal de la norma va claramente más allá de la voluntad del legislador. Ya que, además, en el futuro obliga a la consecuencia curiosa de punir al que custodia las drogas, amén de según el § 29 I núm. 3 BtmG (por posesión de estupefacientes), también según el § 261 II núm. 2 StGB (por custodia de estupefacientes), hay que restringirlo, en mi opinión, con arreglo a la voluntad del legislador: la posibilidad del blanqueo de dinero tiene que circunscribirse al producto procedente del tráfico con estupefacientes o al procedente de su puesta en circulación. Sólo así se aproxima de nuevo el tipo a su objetivo de ser el medio para la lucha contra la criminalidad organizada.

3. Un tercer grupo de hechos previos se aproxima típicamente al mencionado objetivo: *los delitos menos graves que haya cometido un miembro de una organización criminal* (§ 129 StGB). No obstante, también dentro de este grupo, parece que se ha llevado demasiado lejos el ámbito objetivo del § 261. Por ejemplo, según el tenor literal de la norma, se conmina con pena al que se procura el escrito de coacción que redacta un miembro de una organización terrorista, o la placa de matrícula falsa de un automóvil que se ha utilizado en un hecho delictivo —aunque ambos hechos previos (§§ 240, 267 StGB) ni tienen nada

33 Exposición de Motivos del § 261, BT-Drs. 12/989, 26. Es más, la respuesta afirmativa a la cuestión contradice los esfuerzos para la descriminalización del delincuente drogodependiente (*cfr.* § 35 BtmG).

que ver con el dinero, ni parece merecedora de pena la adquisición de *producta et instrumenta sceleris* de ese tipo sin el propósito que se presupone en el § 258 StGB. Por eso es adecuado, en mi opinión, restringir el tenor literal del § 261 según los fines que se persiguen e incluir solamente al botín procedente de la actividad de una organización criminal en el ámbito de los objetos incriminados y con ello, prácticamente, en el ámbito de los objetos de “ilícito tráfico”³⁴.

Los objetos incriminados en el § 261 tienen que “*derivar*” de uno de los hechos previos mencionados. Para ello debe ser suficiente, pero también debe exigirse, que procedan de una cadena de acciones de aprovechamiento, en la que el objeto original, manteniendo su valor, fuese sustituido por otro. Esa inclusión de los objetos sustitutivos se presenta, por una parte, como orientada objetivamente, porque el dinero sucio precisamente en los casos graves pasa por varios procesos de blanqueo. La inclusión, evidentemente, debería ralentizarse en eso debido a dificultades probatorias considerables.

Ejemplo³⁵: si un autor ingresa en una cuenta en efectivo su “ganancia” procedente del tráfico con estupefacientes, el saldo activo deriva del hecho previo. Si paga de su saldo activo la compra de títulos valores, entonces éstos también derivan del hecho previo: Lo mismo sirve, si a continuación toma un préstamo en un banco y deposita los títulos valores como garantía. Finalmente, si adquiere un fundo con ayuda del préstamo, entonces este fundo sigue considerándose como objeto del blanqueo de dinero. Hasta aquí bien. Sin embargo, en la práctica será difícil seguir el camino del dinero sucio con bastante exactitud, porque la contabilidad de la criminalidad organizada responde, en los casos más extraños, a las exigencias de una persecución penal disciplinada y, sobre todo, en los hechos cometidos en el extranjero la huella del dinero sucio pronto se desvanecerá en las limpias arenas³⁶.

34 De acuerdo con esto también parece estar *Dreher/Tröndle* (nota 8), § 261, marginal 8.

35 Cfr. BT-Drs. 12/3533, 12.

36 De ahí la crítica a la regulación en *Stratenwerth* (nota 26), 106 y s. Cfr. sobre esto, además, *infra* VII sobre el § 73d StGB.

Por otra parte, la inclusión de los objetos sustitutivos en el ámbito de incriminación parece arriesgada, porque reaviva, de forma ampliada y general, la punibilidad de la receptación sustitutiva, que ya había sido llevada a la tumba con razones fundadas.

Ejemplo: si un autor ingresa en su cuenta 1.000 marcos de su botín procedente de un atraco, el saldo activo de la cuenta sólo deriva, propiamente, en tanto que proceda de un delito grave a los efectos del § 261 núm. 1. No obstante, la cuenta se “envenena” criminalmente en su totalidad como consecuencia del ingreso de 1.000 marcos. Si el autor extiende un cheque sobre la cuenta, entonces cualquiera que haga efectivo el cheque comete un blanqueo de dinero punible según el § 261³⁷.

Según la Exposición de Motivos de la OrgKG, un límite para el recurso al origen debe estar allí donde el valor del obje-

37 La Exposición de Motivos en BT-Drs. 12/3533, 12, cree poder aplicar en tal caso los principios establecidos por el *BGH* sobre la mezcla de dinero (cfr. *BGH* [nota 7], NJW 1958, 1244). Pero esto apenas convence. En el caso resuelto por el *BGH* la autora había concedido al acusado un préstamo procedente de capital apropiado indebidamente, que estaba indiscerniblemente mezclado con el capital adquirido de forma honrada. Según la opinión del *BGH*, el acusado podía incurrir en receptación sobre el capital total, en tanto que la suma recibida excedió la cuota en la cosa común de la autora previa. Si se intenta aplicar este principio al caso mencionado en el texto, entonces se llega, sin duda, a resultados posiblemente distintos, pero, en cualquier caso, no convincentes: *o bien* permanece entonces impune el tomador del cheque, cuando la cuenta del librador del cheque también presenta una provisión de fondos suficiente sin la cuota sucia. Sin embargo, en ese caso, la conminación penal del § 261 es prácticamente nula, porque el ingreso de 20.000 marcos limpios legalizaría todos los actos de disposición sobre el dinero sucio ingresado posteriormente. *O bien* el tomador del cheque será punido en ese caso. Entonces la conminación penal del § 261 se muestra, sin duda, como eficaz en la práctica, pero jurídicamente ilegítima, porque el librador también ha realizado el acto de disposición sobre su patrimonio adquirido de forma honrada. Como *compromiso* queda delimitar los actos dispositivos en función de que pueda ser decretada la confiscación (ampliada) del capital según el precepto del § 73d StGB. Pero un compromiso semejante conduce —prescindiendo de las dudas que el § 73d comporta para el Estado de Derecho (sobre esto *infra* VII)— a una medida inadmisiblemente de inseguridad jurídica, porque *ex ante* apenas se puede prever, qué valores patrimoniales considerarán las autoridades de persecución penal *ex post* como manchados.

to “se reduce, esencialmente, a través de reelaboraciones, a la posterior prestación autónoma de un tercero”³⁸. Eso es correcto, en mi opinión, pero no se contempla con suficiente amplitud. Pues, fundamentalmente, se insiste en que el concepto de procedencia justifica un *regressus ad infinitum*. Pero si se mantiene la mancha de la primera adquisición durante todas las transacciones posteriores, entonces nadie más puede recibir cosa alguna de personas sospechosas sin ser inculcado, posteriormente, por imprudencia grave. No sólo se proscribió, desde el punto de vista financiero, al blanqueador de dinero, sino a cualquier persona que —consciente o inconscientemente— hubiese tenido que ver con él³⁹.

Jurídico civilmente la amplitud del tipo, en relación con el § 134 BGB, conduce a una insoportable inseguridad del tráfico jurídico, porque nadie puede saber exactamente, qué camino ha recorrido un objeto, y el hecho de que el autor incurra en culpa no tiene importancia para la nulidad de un negocio jurídico⁴⁰.

C. La acción

La acción del § 261 es, según el *apartado I*, en primer lugar, el “blanqueo” de los “objetos” procedentes del hecho previo, especialmente del dinero adquirido de forma punible: será castigado el que “oculte” un objeto delictivo, “encubra su origen, o impida o ponga en peligro el descubrimiento del origen,

38 BT-Drs. 12/989, 27.

39 Tampoco la prescripción del apartado VI, teniendo en cuenta eso, sirve para mucho. Según la Exposición de Motivos debe tener como consecuencia, “que un objeto, que haya adquirido un tercero, sin incurrir en el apartado 2, también pueda ser adquirido impunemente por otras personas. Con ello debe conseguirse, que un adquirente de buena fe de un objeto, que deriva de uno de los hechos mencionados en el apartado 1, pueda seguir enajenándolo” (BT-Drs. 12/3533, 14). Pero ¿puede hacerlo realmente? ¿Puede el segundo adquirente, pues, estar seguro de que el primero lo era de buena fe y sólo posteriormente tuvo noticia del origen sucio del objeto? Y ¿puede estar, además, seguro de que un error eventual le protegerá del castigo?

40 BGH, 12.7.1962 - VII ZR 28/61 = BGHZ 37, 363 (366) = JZ 1963, 285.

la localización, la confiscación, el comiso o el aseguramiento de dicho objeto”. Esta enumeración se completa en el *apartado II*, en donde, además, se conmina con pena el procurarse, la custodia y el aprovechamiento, con el fin de “aislar financieramente al delincuente del entorno”⁴¹ y privarle así de toda posibilidad de blanqueo de dinero. La enumeración responde fundamentalmente a la Directiva de la Comunidad Europea 91/308 (*cfr. supra* II). Sin embargo, no permite reconocer un concepto político criminal claramente estructurado. Las acciones del apartado I ya van difusamente más allá del contenido central del blanqueo de dinero, es decir, la introducción de dinero “sucio” en el ciclo financiero con el fin de legalizarlo⁴². El apartado II se refiere aún con mayor amplitud a conductas similares a la recepción, que posiblemente sirven para preparar o apoyar un blanqueo de dinero, pero cuya punibilidad no depende de éste. Por ello, casi todas las modalidades activas encierran una gran cantidad de problemas interpretativos que no pueden ser solucionados con una interpretación teleológica. Esto quiero ilustrarlo esquemáticamente con tres ejemplos:

1. ¿En qué consiste la “puesta en peligro de la confiscación, del comiso, o del aseguramiento de un objeto” (§ 261 I)? ¿Tiene una medida como ésa que “amenazar” seriamente (*cfr. § 288 StGB*), o ya basta la remota posibilidad, de que el autor pre-

41 BT-Drs. 12/3533,11.

42 En lo que se refiere a las operaciones de “blanqueo”, se pueden distinguir tres fases: en la primera fase es introducido dinero en efectivo dentro del ciclo económico o financiero (fase de inversión, *placement stage*). En la segunda fase los fondos “pre-blanqueados” en forma de dinero bancario (o piedras o metales preciosos) alcanzan los centros financieros internacionales, sobre todo aquellos que se distinguen por una gran discreción (¡riguroso secreto bancario!) y allí son depositados en un buen número de cuentas, así como trasladados de cuenta en cuenta (fase de confusión, *layering stage*). En la tercera fase se le da a los fondos una apariencia legal, por ejemplo, tomando en préstamo un “blanqueador de dinero” su propio dinero previamente enviado de contrabando al extranjero (fase de integración, *integration stage*). Sobre todo esto *Pieth, Geldwäscherei und ihre Bekämpfung in der Schweiz*, en: *el mismo* (nota 26), I (12 y ss.).

vio sea sometido a ella? ¿Pone ya en peligro el comiso un simple abono en cuenta y la entrega de una mercancía la confiscación del dinero sucio utilizado en su pago? ¿Aun cuando en lugar del dinero, en adelante, pueda ser declarada confiscable la mercancía (§ 73 II 2 StGB)? ¿O, además de esto, también se requiere que la mercancía no se compense con la cuantía del dinero⁴³, o que ni tan siquiera pueda ser declarado confiscable un valor sustitutivo (§ 73a StGB)? En la Ley no encontramos respuesta a ninguna de estas preguntas.

2. ¿Cómo se “aprovecha” un ordenador personal obtenido en un hurto impropio* (§ 261 II núm. 2)? ¿Ocurre esto acaso por el simple hecho de que alguien escribe con él un texto -para sí o para un tercero? Hasta la fecha un uso ilegítimo de este tipo sólo era punible respecto a los vehículos a motor y bicicletas y sólo a instancia de parte según el § 248b StGB- ¿puede, acaso, en el futuro ser punible en virtud del § 261 II núm. 2 respecto a todos los objetos mediatamente derivados de un delito grave y siempre sin mediar instancia de parte⁴⁴?

43 Cfr. con respecto al § 288 StGB las sentencias del *RGS* 66, 130 (131) y 71, 227 (230).

* (N.T.) El hurto impropio (*räuberischer Diebstahl*), según el § 252 StGB, supone la transformación de un hurto en robo cuando, aún no consumado el apoderamiento, se ejerce violencia o intimidación “para conservar la posesión del bien hurtado”, supuesto semejante al regulado en el artículo 242.2 del Código penal español de 1995. Este robo es un tipo autónomo frente al hurto que se compone de una sustracción consumada junto con una coacción cualificada y constituye un delito de resultado cortado (Cfr. JESCHECK, H.-H. und WEIGEND, T., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, 5. Auflage, pp. 56, 265, 266, 268 y 319).

44 Una posible restricción se podría producir por el hecho de que el § 261 II núm. 2 StGB exige que el autor tenga que conocer el origen del objeto por él aprovechado en el momento en que lo “adquiere”. Pero, ¿qué significa aquí “adquirir”? ¿Algo así como “procurarse”? Entonces el núm. 2 del § 261 II estaría demás frente al núm. 1. Posiblemente se refiera a actos que no proporcionan al autor ningún poder de disposición propio, p.e., un mero tomar en arrendamiento, tomar en préstamo, utilizar conjuntamente o disfrutar en común (cfr. *Dreher/Tröndle* [nota 8], § 259 marginal 15). Incluso así no está muy claro por qué la punibilidad del autor, según el § 261 II núm.

3. ¿Cuándo un objeto incriminado en el apartado I es “custodiado” de forma punible (§ 261 II núm. 2)? La respuesta, de que aquí bastaría con la obtención consciente de la detentación, no puede resultar satisfactoria, pues ésta puede ser absolutamente de interés para la Administración de Justicia. Así, por ejemplo, los capitales sucios están más al alcance de los órganos de persecución estatales en el ámbito bancario que en manos de una organización mafiosa. El apartado IX también prevé pues la impunidad en el caso de que el autor, por ejemplo el empleado de banca, “provoque el aseguramiento del objeto”. Pero, ¿es éste, tal como parece deducirse de la Ley, un caso de “arrepentimiento activo” tras el hecho consumado? ¿No es precisamente deber del empleado de banca aceptar en primera instancia el dinero sucio, es decir, incurrir en delito, para luego tener la posibilidad de un “arrepentimiento activo”? ¿No tiene que operar en su favor para protegerlo una causa de justificación? Mas, en caso afirmativo, ¿cuál?

El *apartado VI* exceptúa de la pena, en interés del tráfico jurídico, los casos del apartado II, cuando “un tercero haya adquirido previamente el objeto, sin cometer por ello un hecho punible”. La excepción parece razonable. Sin embargo, es dudoso que tenga suficiente alcance.

En primer lugar, según la amplia redacción del § 261 I y II, los casos de adquisición impune deberían ser bastante raros. Se toman en consideración, ante todo, negocios de la vida cotidiana, en los que son pagadas pequeñas cantidades de dinero, o vendidas mercancías de escaso valor y se producen adquisiciones de buena fe según los §§ 932 y ss. BGB. Lo que importa en estos casos de bagatelas es que el dinero recibido pueda ser

2, siempre tiene que depender de que conozca el origen del objeto en el momento de su *adquisición*. ¿No sería más decisivo el conocimiento en el momento de su *aprovechamiento*? Para la utilización, p.e., no convence la anticipación del momento determinante del conocimiento. Para la transmisión de dinero, por el contrario, (p.e. mediante el empleado de banca que se entera de su origen posteriormente) puede ser plausible.

transmitido y la mercancía comprada utilizada sin que conlleve el peligro de persecución jurídico penal⁴⁵. En todos los casos graves, en cambio, el tercero tendrá que contar con la inculpación por imprudencia grave (apartado V), por ejemplo, en el caso de venta de un automóvil al contado.

En segundo lugar, el apartado VI sólo exceptúa de la punibilidad los hechos mencionados en el apartado II. Sigue siendo punible, por el contrario, el que por medio de la recepción de dinero de las drogas adquirido de buena fe pone en peligro o impide su localización, confiscación o comiso. Pues es punible también según el apartado I y de esta manera el apartado VI deja intacta la punibilidad. La referencia a la necesidad de una actuación dolosa, por tanto, no tiene efecto, pues cuando menos un dolo de peligro eventual casi siempre se dará en el que conocía el origen del dinero sucio. Lo que aún subsiste entonces es, en todo caso, un sobreseimiento por insignificancia según los §§ 153, 153a StPO.

En suma: la redacción del tipo objetivo del § 261 es en parte poco clara y en parte demasiado amplia. El legislador alemán ha cumplido sólo parcialmente con su deber de esclarecer las estructuras típicas del “blanqueo de dinero”. El hecho de que se haya basado para ello en premisas jurídico comunitarias e internacionales no cambia para nada las cosas. Tendría que haber trasladado las premisas dentro del marco de los principios constitucionales para él vinculantes. La dimensión y amplitud de la falta de claridad del § 261 me parece suficiente como para afirmar una infracción del imperativo constitucional de la determinación típica (artículo 103 II GG).

D. Dolo e imprudencia grave

Ahora paso al *tipo subjetivo* del § 261. Su *apartado I* exige el *dolo* tanto con respecto al objeto del hecho como con

⁴⁵ Cfr. sobre esto también *Barton* (nota 27), 160 y ss.

respecto a la acción. Según lo dicho están previstos problemas probatorios, como por doquier dentro de la criminalidad organizada: las personas inculpadas pueden acogerse a su desconocimiento del origen de los objetos blanqueados y entonces a las autoridades de persecución penal a menudo les resulta difícil probar lo contrario. Por ello el *apartado V* completa la conminación penal del dolo con una conminación penal de la *imprudencia grave*, para ser más precisos, con una norma que prescinde del dolo del autor con respecto al origen de los objetos del hecho, siendo suficiente una grave infracción del deber de cuidado.

Hace algunos años esta ampliación de la punibilidad a la conducta por imprudencia grave sería considerada como algo especial, pues en el ámbito de los delitos patrimoniales la conminación penal de la imprudencia grave antes era algo raro. Fue a partir de que el legislador se preocupó por una mayor represión de la criminalidad económica, cuando se comenzó a aceptar cada vez más la punición de la imprudencia grave. Sea como fuere, hasta la fecha el legislador le ha dado una gran importancia al hecho de fundamentar también de forma material la punibilidad de la conducta por imprudencia grave, con el fin de evitarle a la conminación penal el resabio de una pena por simple sospecha. Ahora ya no se trata de eso. De forma muy manifiesta lo explica más bien la Exposición de Motivos en lo relativo al § 261 V⁴⁶:

“Con el fin de evitar dificultades probatorias sobrevenidas y de garantizar una eficaz persecución penal de los blanqueadores de dinero es indispensable una ampliación del tipo penal al ámbito de la imprudencia grave”

Con todo, la ampliación de la punibilidad por meros motivos procesales contradice el principio de culpabilidad que en Alemania tiene vigencia constitucional, según el cual la punición de una conducta por imprudencia grave sólo es legítima

46 BT-Drs. 12/989, 27.

cuando la propia imprudencia grave se presenta como merecedora de pena. Sin embargo, la mera motivación procesal de la conminación penal de la imprudencia grave no es razón para su inconstitucionalidad, mientras ésta se presente como materialmente merecedora de pena. Pero éste es el caso -por lo menos cuando se reduce el tipo objetivo demasiado amplio al que se alude⁴⁷; a saber: el que, en determinadas circunstancias que despierten sospechas, acepta una elevada cantidad de dinero en metálico, lo cambia por considerables comisiones o presta servicios con el fin de asegurar el dinero, actúa con merecimiento de pena, ya que *tiene que saber* de la función de apoyo a la criminalidad grave que su conducta supone.

Por supuesto que desde este punto de vista hay que exigirle al legislador que determine con la mayor precisión posible aquellas circunstancias que motivan la sospecha de un blanqueo de dinero punible, de tal modo que la diligencia, por lo menos de las instituciones y de las personas que profesionalmente tienen que ver con negocios monetarios, se pueda ajustar a ellas. En Alemania el legislador aún no ha satisfecho esta exigencia. Volveré sobre esto.

IV. Propuestas de *lege ferenda*

Mi conclusión respecto al tipo penal del § 261 es en conjunto negativa. Y como ya se sabe que es fácil criticar pero difícil hacerlo mejor, me veo en la obligación, cuando menos, de mostrar en síntesis, cómo, en mi opinión, podría ser un tipo penal de blanqueo de dinero incuestionable desde el punto de vista del Estado de Derecho.

47 Una imprudencia grave en relación con la existencia de una asociación criminal, en la práctica, casi nunca podrá justificarse suficientemente. También resulta dudoso —hasta que existan sentencias del Tribunal Supremo— en qué medida en el tráfico comercial tiene que ser comprobada la mera procedencia indirecta de un delito de los mencionados en el apartado I. Sobre esto *cfr.* también *infra* VI.

Se le supone un potencial de peligrosidad social, acerca del que, en lo esencial, existe unanimidad: la *criminalidad organizada*, especialmente en el ámbito del tráfico de estupefacientes y de armas, de la falsificación de moneda, de la exacción de bienes de gran valor, de la extorsión para obtener dinero por la protección, de la eliminación ilegal de residuos, del juego de azar ilegal y de la criminalidad del medio en el entorno de la prostitución⁴⁸. Sólo puede ser combatida de forma eficaz, prescindiendo de las medidas procesales, por medio de una confiscación de ganancias consecuente. Pues sólo así se reduce su efecto espiral y de resaca, y se le sustrae al mismo tiempo el capital de inversión para nuevas actividades. La base jurídico material para la confiscación de ganancias —y también en esto existe unanimidad— tiene que constituir la un tipo penal del “blanqueo de dinero”. Tiene que penalizar todas las prácticas que liberen a las ganancias de la criminalidad organizada de la mancha de su origen⁴⁹.

Además, en mi opinión, hay que equiparar la criminalidad organizada a la *criminalidad de gran importancia*, que se genera principalmente por motivos económicos y cuyo botín, tanto por su volumen como por su valor, se eleva generalmente por encima del de la delincuencia común y para cuya represión se necesitan medidas eficaces de confiscación de ganancias. A modo de ejemplo se podrían citar la extorsión para obtener un rescate y el robo de banco.

Por ello, *objetos* del blanqueo de dinero punible deberían ser los *valores patrimoniales procedentes de la criminalidad organizada o de gran importancia*.

48 Cfr. BT-Drs. 12/989, 20 y s.; Informe [de la cámara baja suiza] sobre la modificación del Código penal suizo (legislación sobre el blanqueo de dinero y el cuidado deficiente en negocios monetarios) del 12.6.1989, BGBl. [suizo] 1989, 1061 (1092).

49 Sobre esto, en particular, *Carl* (nota 13), 289. Para el Derecho suizo: *Stratenwerth* (nota 26), 119 y ss.; para el Derecho austriaco: *Kienapfel* (nota 26), p. 84.

Así, lo más fácil sería, sin duda, declarar directamente en la Ley lo que se quiere penalizar. Pero por distintas razones existen reparos a este respecto. Por un lado, es cuestionable que el *concepto de delincuencia organizada* esté suficientemente determinado, de modo que la Ley lo pueda utilizar.

Hasta ahora el legislador alemán siempre que declaraba como delito grave un delito patrimonial debido a su elevada peligrosidad, casi siempre lo aplicaba a una comisión “profesional” por parte de una “banda que se haya asociado para la comisión continuada del robo, hurto o receptación” (cfr. p.e. § 260a StGB), o, a veces de forma acumulativa, también a la participación en el hecho de varios miembros de la banda (cfr. § 244a StGB). Para caracterizar la criminalidad organizada esto no es suficiente. Una *banda* consta, según la doctrina dominante, al menos de dos personas que se asocian por un cierto tiempo para la comisión de varios e indeterminados hechos⁵⁰. *Profesionalmente* actúan sus miembros cuando, por medio de la comisión repetida de hechos delictivos, pretenden procurarse una fuente de ingresos continuada, de cierta duración y volumen⁵¹. Éstas son *también* características de la delincuencia organizada, pero ésta, además, también se caracteriza por una estructura organizativa más sólida, así como por una especial calidad en la planificación delictiva⁵².

50 Cfr. p.e. BGH, 3.4.1970 - 2 StR 419/69 = BGHSt 23, 239 y s. = JZ 1970, 424; BGH, 18.4.1978 - 1 StR 815/77 = MDR 1978, 624; OLG Hamm, 29.4.1981 - 4 St 2939/80 = NJW 1981, 2207; LK-Ruß, StGB, ¹⁰1989, § 244 marginal 12.

51 Sobre esto RGSt 58, 19 (20); 64, 151 (153 y s.); 66, 19 (21); BGH, 8.11.1951 - 4 StR 563/51 = BGHSt 1, 383; Schönke/Schröder/Stree (nota 3), sobre los §§ 52 y ss. marginal 95. Crítico ante la amplitud de esta definición, entre otros, Stratenwerth, Gewerbsmäßigkeit im Strafrecht, en: FG Schultz, 1988, 88 (94 y ss., 104 y ss.).

52 Según G. Kaiser, Kriminologie, ⁹1993, § 28 4.1, los siguientes indicadores remiten a formas de delincuencia organizada:

- unión estable de un número de personas como una sociedad de intereses solidarios orientada al lucro;
- estructura organizativa caracterizada, por un lado, por un estilo de dirección rígido, disciplina de los miembros, pero también protección de éstos o, por otro lado, implicación de delincuentes con un estilo de dirección relajado;
- actuación planificada y separación de tareas;

Más próxima a la criminalidad organizada está *la asociación criminal* (cfr. § 129 StGB): también ésta es (a) una unión, con una fuerte vinculación de sus partícipes, que persigue un fin común y que se crea para un cierto tiempo; también se basa (b) en reglas sobre la formación de la voluntad, que son obligatorias para todos los miembros; y también posee (c) una dimensión mínima de organización estable⁵³. Lo que le falta es, por un lado, la imitación de un comportamiento legal — especialmente en la planificación y conducta comercial, que en la criminalidad organizada se caracteriza por la satisfacción de las necesidades de la población o de sectores concretos con mercancías ilegales o imposibles de conseguir en el mercado— y, por otro lado, el enmarcamiento con instituciones comerciales y políticas legales, con el fin de asegurar las ganancias procedentes de la actividad delictiva y de crear una base financiera para la futura actividad criminal.

Si no se quiere utilizar en la Ley el concepto “delincuencia organizada”, se tendrá que definirlo —por ejemplo como “la comisión asociada y organizada de considerables hechos punibles para el abastecimiento permanente de la población o de per-

- vinculación de negocios legales con los ilegales, que están adaptados a las necesidades de la población, uso criminal de contactos personales y comerciales (“connections”);

- tecnología delictiva flexible y variedad en la elección de métodos delictivos de explotación, amenaza, extorsión, violencia, protección forzosa, terror hasta el cohecho activo, disminuyendo la violencia contra las personas para dar lugar al ejercicio de todo tipo de presiones;

- aprovechamiento deliberado de infraestructuras como la radiocomunicación, telefonía y medios de transporte internacionales;

- internacionalidad y movilidad.

De estos indicadores tienen que darse más de tres para que exista la delincuencia organizada.

Cfr. también *Kerner*, Professionelles und organisiertes Verbrechen, 1973, 219 y ss.; *Kunz*, Die Ökonomie individueller und organisierter Kriminalität, 1976, 96 y ss.; *Lindlau*, Der Mob. Recherchen zum Organisierten Verbrechen, 1989, 76 y ss.; *Peters*, Die Absahner. Organisierte Kriminalität in der Bundesrepublik, 1990, 39 y ss.; *Dörnmann/ Koch/Risch/ Vahlenkamp*, Organisierte Kriminalität - wie groß ist die Gefahr?, 1990.

53 Cfr. en particular *BGH*, 13.1.1983 - 4 StR 578/82 = *BGHSt* 31, 202 (204 y s.); *BGH*, 2.2.1983 - 3 StR 313/82 = *BGHSt* 31, 239 (241); *BGH*, 17.11.1981 - 3 StR 221/81 (S) = *NStZ* 1982, 68 y s.

sonas concretas con bienes o servicios cuya oferta o adquisición estén prohibidas”⁵⁴.

Igualmente, también es demasiado indeterminado, por otro lado, el concepto legal de *delito de grave importancia*⁵⁵ -ya haya tenido lugar de forma pública u oculta. Los delitos de grave importancia, por regla general, se cometen ocultamente en el ámbito económico aprovechando un alto cargo o las posibilida-

- 54 Una definición se encuentra en el anexo E de las Directivas para el procedimiento penal y sancionador (“Directivas conjuntas del ministro y los senadores de justicia y del ministro y los senadores de interior de los Länder sobre la cooperación entre la policía y el ministerio fiscal en la persecución de la criminalidad organizada”). Allí se dice en el apartado 2.1: “La criminalidad organizada es la comisión planificada de hechos punibles determinada por las ansias de poder o de ganancia, que tanto individualmente como en su conjunto son de una importancia considerable, cuando cooperan más de dos partícipes con separación de tareas a plazo largo o indeterminado
- a) aprovechando estructuras comerciales y profesionales,
 - b) usando la violencia u otros medios adecuados para la intimidación o
 - c) influyendo en la política, los medios de comunicación, la Administración Pública, la Justicia o la economía.

El concepto no incluye los delitos de terrorismo.”

Sobre la problemática de la definición *cf.* también Bundeskriminalamt (editor), *Organisiertes Verbrechen*, 1975; *Steinke*, *Das Organisierte Verbrechen*, *Kriminalistik* 1982, 78 y ss. con ulteriores indicaciones; *Schwind*, *Definition und Geschichte der organisierten Kriminalität*, en: *Schwind/Steinhilper/Kube* (editores), *Organisierte Kriminalität*, 1987, 17 y ss.; *Reiners*, *Erscheinungsformen und Ursachen Organisierter Kriminalität in Italien, den USA und der Bundesrepublik Deutschland*, 1989; *Eisenberg/Ohder*, *Über Organisiertes Verbrechen*, *JZ* 1990, 574 y ss.; *Ostendorf*, *Organisierte Kriminalität - eine Herausforderung für die Justiz*, *JZ* 1991, 62 y ss.; *Kerner*, artículo “Organisierte Kriminalität”, en: *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, 1993, 377 y ss.; *Eisenberg*, *Straf(verfahrens-)rechtliche Maßnahmen gegenüber “Organisiertem Verbrechen”*, *NJW* 1993, 1033 y s. *Cf.* también las indicaciones de la nota 52.

- 55 “Delito grave” aquí no hay que entenderlo en el sentido técnico del § 12 I StGB. Más bien se refiere a “todos los hechos punibles de considerable importancia”, p.e., a los efectos del § 98a StPO, de tal modo que también abarca, p.e., la receptación de valores patrimoniales considerables cometida por un miembro de una banda o de forma profesional u organizada de otra manera (§§ 260, 260a, StGB).

des de ejercer influencia que sólo un cargo tal ofrece. A éstos pertenecen, además de los delitos económicos graves, también, y especialmente, los delitos contra el medio ambiente, así como todos los demás delitos que se englobarían dentro de la rúbrica “White-Collar-Crimes”⁵⁶. Los delitos de grave importancia cometidos públicamente sirven casi siempre para conseguir ventajas patrimoniales tan considerables que después los autores pueden volver a sumergirse en la legalidad. Como ejemplos menciono de nuevo el robo de banco y la extorsión para obtener un rescate. Si se quiere concebirlos legalmente como hechos previos del blanqueo de dinero, entonces se puede o bien aplicarles que han “proporcionado un patrimonio de considerable valor” al autor⁵⁷; o se tiene que recurrir a un rodeo: se tiene que aplicar la infracción del deber de cuidado a aquellas personas que entran en contacto con los autores de delitos de grave importancia o con sus intermediarios y les prestan servicios, con cuya ayuda éstos pueden trasladar sus ganancias delictivas al ciclo económico y financiero legal. La última vía, claro está, obliga al legislador a concretar estos deberes de cuidado, (a) mencionando los motivos de sospecha para la concurrencia de un blanqueo de dinero después de un delito de grave importancia y (b) proporcionando a las personas destinatarias de estos deberes unas reglas de conducta. Hasta la fecha esto no se ha producido.

Asimismo, la *acción* de blanqueo de dinero debería, en mi opinión, ser delimitada de manera más ajustada a lo que sucede en el § 261. Hay que reconocer que las premisas de la Convención de las Naciones Unidas mencionada anteriormente y la Directiva de la Comunidad Europea en este aspecto van muy lejos (*cf. supra* II). Por ello deberían ser trasladadas tan

56 A modo de ejemplo menciono la transferencia ilegal de tecnologías (§ 34 AWG), el fraude de subvenciones realizado a gran escala (§ 264 StGB) y el contrabando de mercancías (§ 372 AO).

57 En mi opinión basta con aplicar la forma consumada del delito de grave importancia como hecho previo del blanqueo de dinero.

restrictivamente, que el tipo penal esté determinado legalmente desde un punto de vista formal y permanezca como merecedor de pena desde un punto de vista material. Por esta razón debería sustituirse en el catálogo del § 261 “ocultar” por el más ajustado “disimular” (*cfr.* p.e. § 283 I núm. 1 StGB), así como suprimirse totalmente las referencias al “descubrimiento del origen” y a la “localización”⁵⁸. Tampoco la mera “puesta en peligro” de una medida de confiscación, del comiso o del aseguramiento me parecen merecedoras de pena ni suficientemente abarcadas por la punición de la “tentativa de frustración”. Con toda seguridad, la punición de la “tentativa de puesta en peligro” interfiere demasiado en el campo previo de la actividad criminal, por ello debería eliminarse de la Ley.

V. LA CONCRECIÓN DEL DEBER DE CUIDADO EN LA LEY DE LOCALIZACIÓN DE GANANCIAS

En repetidas ocasiones he indicado que hasta la fecha el legislador aún no ha cumplido con su obligación de mencionar los deberes de cuidado para impedir el blanqueo de dinero. Esto se producirá con la *Ley sobre la localización de ganancias procedentes de hechos punibles graves (Ley de localización de ganancias - GewAufspG)*, que especifica los deberes de los institutos financieros y de crédito, así como de otras empresas económicas en negocios monetarios de gran dimensión. Ahora mismo se está debatiendo en el parlamento y posiblemente esté aprobada ya antes del verano (quizás con el nombre cambiado, como “Ley de blanqueo de dinero”)⁵⁹.

⁵⁸ Sobre la justificación *vid.* Stratenwerth (nota 26), 110 y s.

* (N.T.) *La Ley de blanqueo de dinero*, de 25 de octubre de 1993 (BGBl. I, p. 1770), entró en vigor el 29 de noviembre de 1993.

⁵⁹ Sobre esto *cfr.* Obermüller, *Gewinnaufspörung*, Kriminalistik 1992, 361; Eisenberg (nota 54), 1036 y s.; Kern (nota 28), p. 64 y ss.

Su *contenido* más importante para la interpretación del § 261 es⁶⁰: el § 1 define los principales afectados por la Ley, es decir los “institutos financieros y de crédito”, la obligación que se les impone, es decir, la “identificación”, y su motivo principal, es decir, la realización de “transacciones financieras”. Basándose en ello el § 2 determina que todo instituto financiero y de crédito a la hora de realizar transacciones financieras en una cuantía por lo menos de 30.000 marcos o al recibir dinero en efectivo en una cuantía por lo menos de 50.000 marcos tendrá que “identificar a aquel que se presenta ante él”. Este *deber de identificación* también afecta, según el § 3, a otros comerciantes, administradores de bienes y casinos al recibir más de 50.000 marcos en efectivo, así como, según el § 4, a empresas aseguradoras en contratos cuya prima anual supere los 2.000 marcos. Por debajo de las cantidades mencionadas el § 6 establece un deber de identificación para el caso de que un instituto financiero o de crédito, o un casino descubre “hechos que hacen sospechar que la transacción financiera en cuestión contribuye a un blanqueo de dinero, según el § 261 StGB, o contribuiría en el caso de su realización”. En este caso existe, además, la obligación, según el § 12, de denunciar los hechos de forma inmediata a las autoridades de persecución penal competentes, sin que el cliente lo sepa (*deber de denuncia*). La transacción tendrá que interrumpirse hasta transcurrido el día siguiente al de la denuncia, siempre y cuando aquella no sea inaplazable. Todos los datos de identificación habrán de registrarse según el § 9, y conservarse durante seis años (*deber de conservación*).

De las disposiciones del Proyecto de Ley se desprenden unas conclusiones para la norma de cuidado del tipo penal del

60 El Proyecto toma en consideración la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito con estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de 19.12.1988, así como las premisas de la Directiva 91/308/EWG del Consejo, de 10.6.1991, para impedir la utilización del sistema financiero con fines de blanqueo de dinero (*efr. supra* IV). También tiene en cuenta las “Cuarenta Recomendaciones” que han sido elaboradas, a partir de una iniciativa de los estados del G-7 para trasladar la Convención, por el grupo de trabajo “Acción Financiera” para dificultar y descubrir procesos de blanqueo de dinero. *Cfr.* en particular la Exposición de Motivos BT-Drs. 12/2704. En Suiza están en vigor desde el 1.5.1992 las Directivas de la Comisión Bancaria Federal para combatir e impedir el blanqueo de dinero (sobre esto *Schwarz*, Laws, Rules and Regulations for the Combating of Money Laundering in Switzerland, aparecerá próximamente en las actas del congreso sobre el blanqueo de dinero mencionado al principio).

blanqueo de dinero⁶¹. Según el § 18 GewAufspG la vulneración de los deberes allí establecidos sólo es una infracción administrativa. No obstante, la justificación de que al incumplimiento de los deberes no le corresponde un “contenido de desvalor ético elevado”⁶², apenas es sostenible. Pues si la infracción del deber tiene las consecuencias mencionadas en el § 261 StGB, entonces, por regla general, se consumará el tipo de imprudencia grave del apartado V. Si, por ejemplo, los empleados de un instituto de crédito efectúan una transacción financiera por una cuantía de 100.000 marcos, sin notar nada extraño durante su tramitación, entonces infringen no sólo el deber del § 12 GwAufspG de denuncia de casos sospechosos, sino también, por imprudencia grave, la prohibición jurídico penal de blanqueo de dinero.

Dado que las personas que trabajan en las entidades de crédito y monetarias ya tienen que responder de todas formas por Derecho civil por conductas de negligencia grave, la responsabilidad jurídico penal por imprudencia grave en la tramitación de transacciones de blanqueo de dinero no viene a ampliar su ámbito de deber. También parece excluida una exigencia excesiva⁶³.

61 Críticamente sobre esto: *Fülber*, Geldwäscherei: Bankangestellte im Dienst der Ermittlungsbehörden, WM 1990, 2025 (2030 y s.); *Carl* (nota 13), 291; *Haas*, Die fahrlässige Geldwäscherei - der Entwurf Bernasconi, MDR 1991, 212. Sobre el Derecho suizo *cfr. Arzt* (nota 24), 160; *Krauskopf* (nota 18), 390; *Trechsel*, SchwStGB, 1989, artículo 305 marginal 20; *Zuberbühler*, Banken als Hilfspolizisten zur Verhinderung der Geldwäscherei?, en: Pieth (nota 26), 29 (especialmente p. 51 y ss.); *Dietzi*, Der Bankangestellte als eidgenössisch konzessionierter Sherlock Holmes?, en: Pieth (nota 26), 67 y ss. A la crítica hay que reconocerle que sigue siendo especialmente vago el deber de denuncia en los casos sospechosos. Particularidades sobre esto en *Obermüller* (nota 59), 362 y ss. (sobre esto a su vez: *Sielaff*, Rauschgiftkriminalität, Kriminalistik 1992, 749 [753 y s.]); *Stratenwerth* (nota 26), 114 y s.; *Eisenberg* (nota 54) 1036 y s.

62 BT-Drs. 12/2704, 21.

63 *Dreher/Tröndle* (nota 8), § 261 marginal 19; reparos a este respecto, en cambio, en *Obermüller* (nota 59), 364.

VI. PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA

También hay que indicar que el § 261 III conmina con pena la tentativa de blanqueo de dinero. Ya que, según la doctrina casi absolutamente dominante, para una tentativa es suficiente, fundamentalmente, el *dolus eventualis*, de nuevo la punibilidad se extiende demasiado lejos. La justificación oficial a esto⁶⁴, de que la tentativa también se conmina con pena en los §§ 258 IV y 259 III StGB, está fuera de lugar. Pues precisamente en el § 258 el *dolus eventualis* queda excluido de la punibilidad (“intencionalmente o a sabiendas”), y el § 259 es un delito de lesión con un tipo objetivo mucho más restrictivo, que, además, subjetivamente presupone el ánimo de enriquecimiento del autor⁶⁵. La punibilidad según el § 261 III excede, pues, considerablemente los límites existentes hasta ahora.

Me parece especialmente insostenible cuando en el tráfico comercial todos tienen que comprobar la mediata procedencia, de las mercancías o del dinero, de uno de los delitos mencionados en el apartado I. Al menos casi nadie estará a salvo de la sospecha de una tentativa cometida con *dolus eventualis*.

VII. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL § 261

Como pena principal para la comisión dolosa el § 261 prevé una *pena privativa de libertad de hasta cinco años o multa*, y para la comisión por imprudencia grave una pena privativa de libertad de hasta dos años o multa.

Como consecuencia accesoria puede ser ordenado el *comiso* de los objetos “blanqueados”, e incluso, en determinadas circunstancias, también cuando no pertenezcan al autor o

64 BT-Drs. 12/989, 27; BT-Drs. 12/3533, 14.

65 Vid. también Dreher/Tröndle (nota 8), § 261 marginal 18.

provenzan de un hecho delictivo cometido en el extranjero (§§ 74, 74a, 261 VII 1 y 2, VIII StGB). Más allá de esto, la Ley (§ 261 VII 3 y 4) dispone como nueva sanción la *confiscación ampliada* de objetos del blanqueador de dinero, cuya adquisición sea sospechosa de delito (§ 73d StGB). No obstante, la sanción por sospecha sólo debe ser declarada cuando el blanqueador de dinero “actúe profesionalmente o como miembro de una banda que se haya asociado para la comisión continuada del blanqueo de dinero”. En el caso de una comisión en banda también puede ser aplicada la ya mencionada (*cfr. supra* I B) *pena patrimonial* (§ 43a StGB).

Con esta ampliación la Ley responde a numerosas exigencias prácticas, pero no respeta consecuentemente los *límites del Estado de Derecho*.

El § 73d I StGB prevé la *disposición de la confiscación* de “objetos” incluso “cuando las circunstancias justifiquen la suposición de que esos objetos hayan sido adquiridos para la comisión de hechos antijurídicos o a través de ellos”. Confiscado puede ser, pues, no sólo la “ganancia patrimonial”, sino también todo “objeto” (cosa o derecho), que el autor haya obtenido por o para su hecho - independientemente de los gastos que el autor hizo para su obtención. Por ello la confiscación ya no es una medida de compensación, sino una expropiación de objetos de adquisición delictiva —al igual que en el comiso, cuyos límites con la confiscación ya se pierden considerablemente. Una expropiación tal, debido a la invocación del bien común de la propiedad (artículo 14 II GG), es procedente⁶⁶, pero la adquisición delictiva tiene que ser demostrada. Si, según el § 73d, puede ser decretada “por sospecha” en determinadas circunstancias, entonces una “confiscación ampliada” tal no estará constitucionalmente protegida. Tampoco se abarcará el hecho de que la confiscación de objetos ya pueda ser declarada con motivo de la comisión de un blanqueo de dinero⁶⁷. Pues esto

66 *Cfr. BVerfG*, 12.12.1967 - 2 BvL 14/62 entre otras = *BVerfGE* 22, 387 (422 y s.).

67 El § 73d StGB no presupone que un objeto declarado confiscable tenga relación con el delito que sirve de base para ordenar la confiscación (*cfr. Krey/Dierlam* [nota 2], p. 358).

contradice el principio del hecho de nuestro Derecho penal⁶⁸. Por eso, en suma, y según mi opinión, habría que reducir el § 73d a la conformidad constitucional tal como sigue: con motivo de un blanqueo de dinero tienen que confiscarse los objetos cuyo origen honrado esté puesto en duda, cuando: (a) se constata de manera fehaciente que el autor ha obtenido objetos patrimoniales por medio de la vulneración del § 261 StGB, (b) pero, no obstante, no puede ser constatado con suficiente seguridad si eran “precisamente éstos” los objetos⁶⁹. La diferencia respecto a la confiscación del valor sustitutivo, según el § 73a StGB, radica (exclusivamente) en la posibilidad inmediata de interve-

68 Así también *Köhler/Beck*, *Gerechte Geldstrafe statt konfiskatorischer Vermögenssanktion*, JZ 1991, 797 (799). Que además exista una vulneración del principio de culpabilidad por el hecho no se puede demostrar (en contra *Dreher/Tröndle* [nota 8], § 73d marginal 4; *cfr.* también *Weßlau*, *Neue Methoden der Gewinnabschöpfung?*, StV 1991, 226 [231]) por el simple hecho de que la confiscación, según el § 73 StGB, tampoco presupone la constatación de la culpa (así también *Krey/Dierlamm* [nota 2], p. 358; *Gasser*, *Von der vermuteten Unschuld des Geldes - Die Einziehung von Vermögenswerten krimineller Herkunft*, en: Pieth [nota 26], p. 157 [171 y ss.]). *Cfr.*, sin embargo, también nota 69.

69 Una prueba tal es generalmente difícil de realizar en el tipo penal del blanqueo de dinero. Con razón se pregunta *Stratenwerth* (nota 26), 106: los “recursos de la delincuencia organizada proceden tanto del tráfico de drogas como de la extorsión para obtener dinero por la protección, de la explotación de la prostitución, como del juego de azar ilegal. Procuran ... no estar etiquetados ni ligados con exactitud a categorías delictivas. ¿Cómo se les puede vincular a un determinado delito después de uno o varios ‘procesos de blanqueo’?”

La ampliación del ámbito de la confiscación en la forma aquí propuesta, elimina una parte de los problemas probatorios, pero deja intactos problemas relativos al Estado de Derecho. El tránsito del principio neto al bruto en la nueva redacción del § 73 StGB dispensa al juez de la constatación de que el blanqueo de dinero ha producido al autor un incremento patrimonial. Según esto, el módulo para ordenar la confiscación, tanto en el § 73 como en el § 73d, no está en las ventajas patrimoniales que el autor ha adquirido por medio del blanqueo de dinero, sino —como en el § 73a StGB— en el valor de los objetos adquiridos por medio del blanqueo de dinero. Conforme a ello habría que, si fuese posible, confiscar el patrimonio total de quien hubiese actuado profesionalmente en un blanqueo de dinero, sin haber sacado de ello un provecho digno de mención (*cfr.* *Dreher/Tröndle* [nota 8], § 260 marginal 2). Aquí existe, en mi opinión, una vulneración del principio de culpabilidad penal. La vulneración ya no se puede eliminar en el marco del § 73d, sino sólo mediante una corrección del § 73.

nir objetos patrimoniales “sospechosos”, mientras que el § 73a sólo garantiza una pretensión pecuniaria sobre el patrimonio del autor.

Reparos de inconstitucionalidad todavía mayores existen contra la *pena patrimonial* del § 43a StGB. Ésta faculta a un tribunal, que condena a una pena privativa de libertad al menos de dos años, además, a intervenir el patrimonio total del condenado. En caso de que la pena patrimonial no pueda ser cobrada, en su lugar se impondría una pena privativa de libertad sustitutiva de un mes a dos años. Según esto, un delincuente adinerado tiene la posibilidad de comprarse un poco de libertad por vía de un “pacto” mediante la entrega de recursos patrimoniales (que él transfiere a cuentas numeradas desconocidas)⁷⁰, mientras que su compañero menos adinerado, en determinadas circunstancias, tiene que cargar, junto con la pena que le corresponde por su culpabilidad, también con la prisión, porque él sustrae sus bienes escasos, pero adquiridos de buena fe, a la intervención estatal. Es evidente que la total confiscación de bienes y su sustitución, al libre arbitrio, por una pena privativa de libertad vulnera la presunción de inocencia (artículo 6 II del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales) así como el imperativo de determinación (artículo 103 II GG). Todos los investigadores ocupados hasta la fecha con la valoración del § 43a así lo han visto; en las discusiones legislativas han puesto en duda de manera muy manifiesta la constitucionalidad de la pena patrimonial⁷¹ -sin que hasta el momento hayan sido escuchados por el legislador. El *Tribunal Constitucional Federal* tendrá que pronunciar la última palabra.

Hay que tener en cuenta que las penas mencionadas y las medidas similares a las penas sólo se dirigen a personas naturales que han participado en el blanqueo de dinero. En cambio, si

70 Vid. Körner, Die Strafpraxis im Labyrinth neuer Betäubungsmittelrechtsbestimmungen, NJW 1993, 233 (235).

71 Indicaciones bibliográficas en Lackner (nota 3), § 43a marginal 1, y en Dreher/Tröndle (nota 8), § 43a marginal 3; cfr. también marginal 6: “Un spagat entre la intención del legislador de abarcar de la manera lo más completa posible el patrimonio del autor y el postulado de determinar la pena según la culpabilidad del autor [§ 46 I 1 StGB] no es posible en una interpretación conforme con la Constitución, pues o bien el juez respeta la medida de la culpabilidad o bien infringe el principio de culpabilidad por medio de una intervención del patrimonio, eventualmente disponible o estimado al alza, sin tener en cuenta la medida de la culpabilidad.”

se le pueden imputar a una *persona jurídica*, por ejemplo, a un instituto financiero o de crédito, regulares transacciones de blanqueo de dinero⁷², entonces fracasa la protección penal. El § 30 OWiG permite a las autoridades de persecución penal imponer al instituto una multa de hasta un millón de marcos, pero esa cantidad, siempre que haya actuado a gran escala, la habrá ganado hace tiempo mediante el blanqueo de dinero. Una elevación del tope máximo sólo está permitida, según el § 17 IV OWiG, cuando se confiscan las ganancias y éstas pueden ser calculadas con mayor o menor exactitud⁷³. Con todo, esto no parece posible en muchos casos. El § 73d StGB no es aplicable a la normativa que regula las infracciones administrativas.

De ahí que me parezca plausible exigir al legislador que en un futuro se le puedan imponer a los institutos culpables de blanqueo de dinero, además de una multa, también otras sanciones. Entre otras cosas, debería ser posible un secuestro judicial (administración fiduciaria), como ya ha sido propuesto en la literatura⁷⁴, o una curatela empresarial, que propondrá el grupo de trabajo Thyssen “Reunificación alemana”⁷⁵.

En los *apartados IX y X* del § 261 están previstos beneficios penales, es decir, supresión de la pena en caso de arrepentimiento activo en el apartado IX y atenuación de la pena o el prescindir de la pena en el apartado X. Según la Exposición de Motivos, deben “contribuir a una lucha más eficaz contra la criminalidad organizada, en la medida

72 Hasta la fecha, transacciones de blanqueo de dinero de este tipo, que yo sepa, sólo le han sido demostradas a bancos extranjeros, p.e., al Bank of Credit and Commerce (“Banco mundial del crimen”, cfr. “Die Zeit” de 9.8.1991), a la Banca Popolare di Scilla, al Sindona Bank y al Vindobona Bank. Ulteriores indicaciones en *Reifner*, Bankentransparenz und Bankengeheimnis, JZ 1993, 273 (277).

73 Cfr. *Steindorf* en: *Karlsruher Kommentar zum OWiG*, 1959, § 17 marginal 126 y s.; *Göhler*, OWiG, 101992, § 17 marginal 43.

74 *Schmitt*, Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände, 1958, 170 y ss.; *Seiler*, Strafrechtliche Maßnahmen als Unrechtsfolgen gegen Personenverbände, 1967, 156 y ss.

75 *Schünemann* (editor), Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität, 1994.

en que crean un estímulo para la denuncia de procesos punibles de blanqueo de dinero” y con ello contribuyen al esclarecimiento del blanqueo de dinero mismo y, en ocasiones, también del hecho previo (p.e. el delito relativo a estupefacientes). Además, deben posibilitar el aseguramiento del objeto “blanqueado” (p.e. el producto del tráfico ilegal de drogas)⁷⁶.

⁷⁶ BT-Drs. 12/989,28.