

KAI AMBOS

CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL, DERECHO PROCESAL PENAL,
DERECHO COMPARADO Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL
EN LA UNIVERSIDAD GEORG-AUGUST GÖTTINGEN
CONSULTOR CIENTÍFICO DEL INSTITUTO MAX PLANCK
DE DERECHO PENAL EXTRANJERO E INTERNACIONAL

TRADUCCIÓN DE
DINO CARLOS CARO CORIA

**La aceptación por el abogado
defensor de honorarios
"maculados": ¿lavado de dinero?**

**Intentos de restricción del tipo penal de lavado
(blanqueo) de dinero a la luz de los derechos
internacional y extranjero**

Universidad Externado de Colombia
Centro de Investigación en Filosofía y Derecho

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.

Traducción del alemán por el Prof. Dr. DINO CARLOS CARO CORIA, de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Revisión y actualización del autor con la colaboración del Prof. Dr. José Luis GUZMÁN DALBORA. El estudio es una versión ampliada de la conferencia de habilitación, seguida del coloquio correspondiente, que pronunció el autor durante el semestre de verano de 2001 en la Universidad de Munich. Se publicó originalmente en *Juristenzeitung* (JZ), 2002, pp. 70 a 82.

Juristisches Seminar
der Universität
Göttingen

ISBN 958-616-840-9

© KAI AMBOS, 2004
© UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2004
Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra
Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá - Colombia. Fax 342 4948
[www.uexternado.edu.co]

Primera edición: septiembre de 2004

2005/783

Ilustración de portada: *Torneos del rey Renato*, lámina VIII

Composición, impresión y encuadernación: Departamento de Publicaciones,
Universidad Externado de Colombia, con un tiraje de 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Universidad Externado de Colombia

Rector
Fernando Hinestrosa

Secretario General
Hernando Parra Nieto

CUADERNOS DE CONFERENCIAS Y ARTÍCULOS
N.º 33

Serie orientada por

Eduardo Montealegre Lynett

Director del

Centro de Investigación en Filosofía y Derecho

El siguiente artículo examina la posible salida jurídica de la criminalización del abogado defensor por la aceptación de honorarios "maculados", desde un punto de vista nacional, internacional y de derecho comparado. Analiza las vías posibles de restricción del tipo penal de lavado de dinero, y finalmente propone una solución correcta a juicio del autor. Es importante resaltar que el autor parte de la concepción de un abogado serio y honesto, como lo son la mayoría de los letrados de su país.

El estudio queda dedicado a la memoria del Prof. Dr. MANUEL DE RIVACOBRA Y RIVACOBRA, uno de los grandes maestros de derecho penal no sólo en el continente iberoamericano, sino a nivel mundial. Aunque el autor no tuvo el honor de conocer en persona al hoy homenajeado profesor, pudo sí disfrutar del estudio de algunos de sus escritos, sobre todo los que dedicó a la exclusión del injusto, en especial el libro *Las causas de justificación*, publicado en Buenos Aires por la editorial Hammurabi, en 1995, y al derecho penal comparado.

I. EL PROBLEMA

Si un abogado defensor acepta como adelanto de honorarios doscientos mil marcos alemanes en dinero efectivo provenientes de una cartera de acciones, si además su patrocinado ha gestionado operaciones de inversión como presidente de una asociación cuyo nombre es *European Kings Club*, ¿debe saber entonces que dicho dinero no pudo ser obtenido lícitamente? El Tribunal Regional de Francfort no tiene dudas al respecto¹, y el Tribunal Supremo Federal opina lo mismo². Bien entendido, el

¹ Tribunal Regional de Francfort del 4 de mayo de 2000, n.º de expediente 5/17 KLS 92 Js 3362.7/96, p. 46.

² Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*), BGHSt. [Colección oficial], t. 47, 68 = *Neue Juristische Wochenschrift* (en adelante, *NJW*), 2001, 2891 = *JZ*, 2002, 102. Análisis detallado y crítico de MATT, *Golttdammer's Archiv für Strafrecht* (en adelante, *GA*), 2002, 137 (141 y ss.).

Tribunal Regional no ha recurrido a la propuesta legal de temeridad relativamente al verdadero origen del dinero (§ 261, V, del Código Penal³). Es decir, que los procesados hubiesen actuado sólo por una imprudencia grave, o lo que es igual, con indiferencia o gruesa desatención de las circunstancias en cuya virtud el origen real del dinero se hubiera impuesto directamente⁴. En vez de ello, el Tribunal Regional es deferente con la defensa, en tanto que ha seguido la solución del dolo o de la justificación subjetiva sustentada en la doctrina. Incluso tiene en cuenta "el perfil profesional del abogado defensor [...], merced a una interpretación restrictiva del tipo penal del § 261"⁵. El Tribunal Regional Superior de Hamburgo⁶ había sustentado anteriormente una interpretación restrictiva (conforme a la Constitución). El Tribunal Federal Supremo no está de acuerdo: "Siguiendo el tenor literal del § 261 inciso 2.º del Código Penal no se excluye ni al abogado penalista como autor ni sus honorarios como objeto del tipo penal de lavado de dinero"⁷. Puede que ésta haya sido la solución correcta *in concreto*⁸, pero no hace justicia en un plano abstracto al significado del instituto de la defensa. Pues, en consecuencia, hoy en día, un abogado penalista debe preguntar

³ Si no se indica otra cosa, los preceptos citados son del Código Penal de Alemania.

⁴ Sentencias del Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*), 43, 158 (168), y en Tribunal Federal Supremo, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (en adelante, *nstz*), 1998, 42 (44); además, la nota de ARZT, *Juristische Rundschau* (en adelante, *JR*), 1999, 79; también Tribunal Supremo Federal, *nstz*, 2001, 324 (327: para el § 30, I, n.º 3, de la Ley relativa a los estupefacientes). SALDITT, *Der Tatbestand der Geldwäsche, Strafrechtlicher Forum* (en adelante, *StraFo*), edición especial, 1992, p. 121 (130, 132), interpreta la temeridad en el § 261 II relativamente al comportamiento del patrocinado como imprudencia consciente. Por otra parte, las peticiones dependerían del patrocinado (133). Compárese también WEYAND, *Information über Steuern und Wirtschaft* (en adelante, *INF*) 1994, 663; LEIP, *Der Straftatbestand der Geldwäsche*, 2.ª ed., 1999, pp. 150 y ss.; DIONYSOPOULOU, *Der Tatbestand der Geldwäsche*, 1999, p. 142 (149 y ss.); MAURACH/SCHROEDER, *Strafrecht, Besonderer Teil* (en adelante *BT*), 2, 8.ª ed., 1999, § 101 n.º marginal 36. Fundamental para el concepto de temeridad, MAIWALD, *GA*, 1974, 257 (258 y ss.).

⁵ Tribunal Regional de Francfort (nota 1), p. 46.

⁶ *nstz*, 2000, 311 y siguientes, y en *njw*, 2000, 673, y *Strafrechtlicher* (en adelante *StV*), 2000, 140 y ss.

⁷ Tribunal Supremo Federal (nota 2), *JZ*, 2002, 102, 103.

⁸ Confróntese cuanto efectivamente establece el Tribunal Regional de Francfort (nota 1), pp. 4 y ss.

primero a un patrocinado sospechoso con mucho efectivo, si ese dinero lo ha conseguido legalmente y si lo declararía bajo juramento⁹. Con ello, el abogado, que también es un empresario, estropea su negocio, y los potenciales autores anteriores del lavado de dinero buscarán por mucho tiempo inútilmente hasta que encuentren un abogado defensor que no formule ninguna pregunta "tonta". Detrás de toda esta construcción se introduce una reducción de complejidad, que trae al recuerdo ideas del derecho penal del enemigo¹⁰: la criminalidad organizada y sus lavadores de dinero como enemigos de la sociedad civil, para quienes la presunción de inocencia tendría una validez condicionada y que gozan, por ende, de un derecho condicionado a la defensa, incluso la de oficio.

Con estas deliberadamente aguzadas observaciones debiera quedar en claro la relevancia del tema¹¹, tanto más alta en la discusión en los

⁹ También, y en todo caso consecuente, KATHOLNIGG, *njw*, 2001, 2041 (2044): "Él debiera preguntar inmediata e incondicionalmente".

¹⁰ Cfr., también, WOHLERS, *StV*, 2001, 420, 426 con pie de p. 67; además, KATHOLNIGG, que asimismo emplea argumentos de derecho penal de autor, *njw*, 2001, 2043, columna izquierda. Sobre la dicotomía derecho penal del ciudadano-derecho penal del enemigo, véase JAKOBS, en ESSER/HASSENER/BURKHARDT (eds.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000, p. 47 (51 y ss.); en contra, ESER, allí mismo, pp. 444 y ss., SCHULZ, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (en adelante, *zstw*), 112 (2000), 653 (659 y ss.), SCHÖNEMANN, *GA*, 2001, 205 (210 y ss.); AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2002, pp. 60 y ss.

¹¹ Cfr. también LÜDERSSEN, *StV*, 2000, 206; circunstanciadamente, del mismo, *Festschrift (= libro homenaje, en adelante FS) Waltos* (2000), pp. 328 y ss. (331). En cambio, hasta fines de 1997 el tema no jugó un papel práctico: el Proyecto de investigación Falcone, realizado en el Instituto Max Planck y financiado con recursos provistos por la Unión Europea, ha analizado todos los procesos criminales hasta finales de 1997 en que se pronunció una sentencia condenatoria firme por lavado de dinero, y entre ellos no se encontró ningún caso en que participasen abogados defensores (compárese KILCHLING, *Landesbericht Deutschland*, 2001). Otra investigación, en actual desarrollo cuando escribimos estas páginas, analiza, por encargo del Ministerio Federal de Justicia, la significación del lavado de dinero por abogados penalistas en el sumario; con arreglo a él consta que, en todo caso, el asunto ha motivado un número considerable de procesos sumarios. Compárese también WEYAND, *INF*, 1994, 663, pie de p. 42 (21), quien hace referencia a una sentencia del Tribunal municipal de Essen. Sobre la significación práctica del § 261 del Código Penal, en general crítico, OSWALD, *Die Implementation gesetzlicher Massnahmen zur Bekämpfung der Geldwäsche in der Bundesrepublik Deutschland*, 1997, *passim* y pp. 285 y ss. (289: "dispendio de energía administrativa que no guarda relación [...] con la eficacia de sus resultados"); KILCHING, *Wistra*, 2000, 245 y ss.; KAISER, *Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht* (en adelante *Wistra*), 2000, 122.

planos nacional e internacional, dramáticamente agravada desde el atentado del 11 de septiembre de 2001: por una parte, dado el vasto incremento en Europa de los deberes de identificación y de registro de los llamados "juristas independientes"¹²; por otra, a raíz del fraude fiscal como hecho previo al lavado de dinero^{12a} y por el control electrónico de todas las cuentas bancarias^{12b}.

II. PUNTO DE PARTIDA

A. La situación del Derecho alemán

Un abogado penalista es punible al tenor del tipo penal sobre adquisición ilegal del § 261, II, n.º 1, o también el n.º 2, cuando recibe como honorarios un "objeto" que "procede" de uno de los llamados hechos previos del § 261 I,¹³ por ejemplo, dinero en efectivo¹⁴ generado¹⁵ por aquellos hechos.

¹² Directiva 2001/97/CE del Parlamento Europeo y del Consejo para el cambio de la Directiva 91/308 de la Comunidad Económica Europea, etc., BO CE L 344, 4.12.2001, p. 76, art. 1.º (e) [europa.ev.int/eur-lex/de/com/da:1999/de_599PC0352.html]. Cfr., además, la postura crítica de los colegios de abogados de Alemania, Austria, Países Bajos y Suiza (FAZ, 6.12.00; *Deutscher Anwaltverein* (en adelante DAV), declaración de la prensa n.º 64 de 4.12.00), así como la discusión en el Quincuagésimo segundo Congreso de abogados alemanes, en Bremen (*Süddeutsche Zeitung*, 26/27.5.01; *Die Welt*, 31.5.21). Sobre el compromiso entre el Parlamento Europeo y la Comisión, cfr. FAZ, 12.12.01, 17; *Handelsblatt*, 12.11.01. Ver también NEUHEUSER, en *Münchener Kommentar, Strafgesetzbuch* (en adelante StGB), t. 3, 2003, § 261 números marginales 22 y ss.

^{12a} *Financial Times Deutschland*, 9.10.01; crítico, *Handelsblatt*, 16.10.01.

^{12b} Cfr. *Handelsblatt*, 15.11.01, 4.

¹³ Cfr. BARTON. *StV* 1993, 157; HARTUNG. *Anwaltsblatt* (en adelante, *AnwBl*), 1994, 440; BOTTKE. *wistra* 1995, 122; BERNSMANN. *StV*, 2000, 42 y ss.; HAMM. *NJW* 2000, 636; SCHAEFER/WITTIG. *NJW* 2000, 1388; BURGER/PEGLAU. *Wistra* 2000, 161; GRÜNER/WASSERBURG. *GA*, 2000, 432 y ss.; KÖRNER. *BtMG*, 5.ª ed., 2001, § 29, números marginales 1886 y ss.; otro punto de vista, KULISCH. *StraFo* 1999, 337 y ss. Afirman el objetivo merecimiento de pena, GRÜNER/WASSERBURG. *Ob. cit.*, pp. 432, 435, 439.

¹⁴ Objeto es cualquier valor patrimonial, sea una cosa mueble o inmueble, en especial efectivo o dinero en cuentas, así como derechos (STREE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER. *StGB*, 26.ª ed., 2001, § 261, n.º marginal 3; ARZT, en ARZT/WEBER. *Strafrecht*, BT, 2000, § 29, n.º marginal 12; MAIWALD, en *FS Hirsch* (1999), p. 631 [pp. 634 y ss., 636 y ss.]).

¹⁵ Sobre la "generación" cfr., por ejemplo, BOTTKE. *wistra* 1995, 91; MAIWALD, nota 14, pp. 636 y ss.; compárese, también, BURR. *Geldwäsche*, 1995, pp. 66 y ss.; BOTTERMANN. *Untersuchung zu dem grundlegenden Problematiken des Geldwäschetatbestand*, etc., 1995, pp. 16 y ss.; LEIP

El abogado defensor *se procura* los honorarios, cuando adquiere efectivamente poder de disposición sobre éstos (§ 261 II n.º 1)¹⁶; los *conserva*, cuando ejerce custodia sobre ellos; los *emplea*, cuando hace uso de ellos (§ 261 II n.º 2)¹⁷.

Las dificultades sólo se presentan en los casos de "contaminación parcial" o confusión, es decir, cuando el capital del anterior autor sólo es parcialmente de origen ilícito y, por consiguiente, también sólo una parte de los honorarios "procedería" posiblemente de un hecho anterior. En estos casos, se puede operar con una solución de sumas de valor, a partir de la cual sólo se sanciona al adquirente cuando recibe más dinero que el "limpio" existente. Por tanto, hay que partir de la duda acerca de si sus honorarios provienen de capital "limpio"¹⁸. Ciertamente es que esta solución no es irrefutable¹⁹.

El tipo penal de adquisición está concebido con tal amplitud, como alguna vez ha señalado BOTTKE acertadamente, que con él cada ciudadano, como oferente potencial de bienes o servicios, tiene que sentirse invitado "o bien a renunciar a la satisfacción de la pretensión a través del dinero incontrolado, o a desistir él mismo del trato"²⁰. Se trata, precisamente,

(nota 4), pp. 66 y ss. (93 y ss.); EGGER TANNER. *Die strafrechtliche Erfassung der Geldwäsche*, 1999, pp. 100 y ss.; DIONYSOPOULOU (nota 4), pp. 81 ss.; KARGL. *Neue Justiz* (en adelante NJ), 2001, 57 (58). Cfr. también el artículo 165 (4) del Código Penal austriaco.

¹⁶ El acto de hecho corresponde a la receptación, según el § 259 I Alt. 3 (STREE [nota 14], n.º marginal 13; § 259, n.º marginales 18 y ss.).

¹⁷ STREE (nota 14), número marginal 13. Desde un punto de vista de los concursos, los actos de hecho del n.º 2, en especial el uso, ceden a la unidad legal (consunción), pues se trata de acciones necesariamente enlazadas a las del n.º 1, en el sentido de actos posteriores punibles (ver en general, WESSELS/BEULKE. *Allgemeiner Teil* [en adelante, AT], 31.ª ed., 2001, número marginal 795). Por lo demás, es reconocido que en la realización de diferentes formas de ejecución según § 261, tiene cabida la unidad de ley (LACKNER/KÜHL [nota 23]; n.º marginal 19; *Leipziger Kommentar* (en adelante LK)-Ruß, 11.ª ed., 15. entrega 1994; § 261, n.º marginal 26; STREE [nota 14], número marginal 28).

¹⁸ Cfr. SALDITT (nota 4), p. 124. Cfr. también *Bundestagsdrucksache* (en adelante, *BTDrs*) 12/3533, p. 12: hay "procedencia", en cuanto se haya adquirido un objeto con patrimonio incriminando.

¹⁹ Crítico, por ejemplo, LEIP (nota 4), pp. 112 s. Cfr., para el entero espectro del problema, BARTON. *nsz* 1993, 162 ss.; BURR, nota 14), pp. 75 ss.; LEIP (nota 4), pp. 110 ss.; MAIWALD (nota 14), pp. 641s.; MAURACH/SCHROEDER (nota 4), § 101, n.º marginal 29. Para las posibles manipulaciones que eviten la penalidad, ver también LAMPE, *JZ*, 1994, 127, nota 37.

²⁰ BOTTKE. *wistra*, 1995, 122. Para una fundada crítica aplicada al contenido de injusto del

como ya se puede leer en todas partes, del *aislamiento* del capital sucio y del *aislamiento* económico del autor anterior²¹. Él debe, en todo el sentido de la expresión, "quedarse sentado" sobre el capital "sucio".

Una sanción en virtud del tipo penal de ocultación o bien del tipo de frustración (261 i) pudiera regularmente fracasar por la colusión faltante entre el abogado defensor y el defendido²², o subjetivamente –refiriéndonos por lo menos al tipo penal de ocultación– por la intención faltante de ocultar²³.

En el aspecto *subjetivo* es suficiente²⁴, en general, el dolo eventual. La acción de custodia y empleo del inciso 2.º, n.º 2 requiere, sin embargo, *conocimiento* del origen ilegal en el momento de establecerse la custodia, y para el inciso 5.º es suficiente, como se mencionó al principio²⁵, la *temeridad*. Así, la acción de procurarse del inciso 2.º, n.º 1, especialmente relevante en nuestro contexto, no exige expresamente conocimiento alguno.

§ 261 del Código Penal, cfr. KNORZ. *Der Unrechtsgehalt des § 261 StGB*, 1996, pp. 169 y ss., 189 y ss., 206 y ss., quien ve en especial el peligro de que el ciudadano sea convertido en órgano auxiliar del ministerio público (217 y s.); asimismo, KARGL. *NJ*, 2001, 60. HARTUNG. *AnwBl* 1994, 440, va empero demasiado lejos cuando admite una penalidad según § 129 Código Penal en el caso de diversos defensores de confianza, pues la defensa múltiple legalmente admisible (137 I *Strafprozessordnung* [Ordenanza procesal penal, en adelante, *StPO*], no tiene por qué representar la razón de una asociación con fines criminales.

²¹ BT-Drs 12/989, p. 27. Compárese también ARZT (nota 14), § 29, número de registro 4 así como recientemente KARGL. *NJ*, 2001, 58; HEFENDEHL, en *FS Roxin* (2001), pp. 145, 153. Asimismo Tribunal Supremo Federal, *JZ*, 2002, 102, 103.

²² Cfr. HEFENDEHL (nota 21), p. 145 (149f.); también KATHOLNIGG, *NJW*, 2041. Otra opinión MAIWALD (nota 14), pp. 642 y ss., quien con el delito de adquisición ve realizados también los de delito de fraude o de peligro; crítico, pero parcialmente coincidente, MÜTHER. *Juristische Ausbildung* (en adelante *Jura*), 2001, 318 (323, 325).

²³ Para un obrar dirigido en el sentido del dolo directo de primer grado, cfr. LEIP (nota 4), pp. 127 ss.; BLANCO CORDERO. *El delito de blanqueo de capitales*, 1997, pp. 173 y ss., 383 y ss., el mismo, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (en adelante, *ADPCP*), 1997, (aparecido el 2000), 264 y ss. (289 y ss.); DEL CARPIO DELGADO. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal*, 1997, pp. 289 y ss.; MÜTHER. *Jura*, 2001, 323 y s.; MAURACH/SCHROEDER (nota 4), § 101, n.º marginal 32; LACKNER/KOHL. *StGB*, 24ª ed., 2001, § 261, n.º marginal 7. Sobre el conjunto, también MAIWALD (nota 14), pp. 643 s.; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ. *El delito de blanqueo de capitales*, 2000, pp. 228 y ss.; crítico, RAGUÉS I VALLÉS, en *XXIII Jornadas Internacionales de Derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 285 (307 y ss.).

²⁴ STREE (nota 14), n.º marginal 18; SALTIT (nota 4), p. 128; WEYAND, *Inf*, 1994, 662; KARGL. *NJ*, 2001, 59.

²⁵ Cfr. texto y nota 4.

El criterio de la temeridad²⁶ deja intacto, por supuesto, el requisito general de dolo referente a las acciones de lavado de dinero²⁷. Tampoco puede anular el requisito de conocimiento del inciso 2.º, n.º 2, ni siquiera reducirlo a un *dolus eventualis*. Quien quiere fundamentar esto combinando el inciso 2.º, n.º 2, y el inciso 5.º²⁸, no sólo contradice el unívoco tenor literal del inciso 2.º, n.º 2 –que “ha conocido”–²⁹, sino desatiende también los antecedentes internacionales³⁰. Si bien el legislador nacional puede pasar sobre ellos, entonces también debería llamar las cosas por su nombre, es decir, hablar de *dolus eventualis* en vez de conocimiento. Después de todo, sin embargo, esto no viene al caso, pues un abogado defensor puede, en todo caso, ser sancionado por la imprudente aceptación de honorarios maculados en virtud de la acción de procurarse del inciso 2.º, n.º 1 –también sin conocimiento–.

De las causas excluyentes de la penalidad contenidas en el § 261, sólo la posibilidad de la llamada adquisición de paso quitando la mácula de la procedencia, conforme al § 261 vi³¹, servirá de ayuda al abogado, cuando los honorarios adeudados no se pagan en efectivo, sino a través de una transferencia bancaria. Entonces se puede argumentar que el banco, como “tercero”, “obtiene” el objeto del hecho de buena fe antes que el abogado defensor y así no ha cometido ningún hecho penal (de lavado de dinero)³² y, con ello, se ha interrumpido³³ la cadena de este

²⁶ El Tribunal Supremo Federal considera de peso, mas no decisivas, las consideraciones de derecho constitucional que aparecen en la bibliografía en relación con los principios de culpabilidad y determinación, (BGH St., 43, 158, 166 y ss., y en *nstz*, 1998, 42, 44).

²⁷ Cfr. también MAURACH/SCHROEDER (nota 4), § 101, n.º marginal 34.

²⁸ STREE (nota 14), n.º marginal 13.

²⁹ Cfr., más pormenorizadamente, BOTCKE. *Wistra*, 1995, 123.

³⁰ Cfr., *infra*, en el punto 2 del texto.

³¹ El § 261 ix, 1, abre ulteriormente la posibilidad de un arrepentimiento activo (sobre lo cual véase Tribunal de Francfort [nota 1], pp. 46 y ss.), y de acuerdo con el apartado 9, 2, no será castigado aquel que ya es pübible por su participación en un acto anterior; además, respecto de la orden de un control telefónico, MEYER/ABICH. *nstz*, 2001, 465. Finalmente, un eficaz trabajo conjunto con las autoridades de la investigación puede hacer prescindir de la pena (apartado 10); sobre ello, KRACK. *nstz*, 2001, 505 (510).

³² Para el término “hecho penal” en apartado 6, cfr. MAIWALD (nota 14), pp. 645 y ss.; ulteriormente, para “cualquier” hecho penal, MAURACH/SCHROEDER (nota 4), § 101, n.º marginal 38; ARZT (nota 14), § 29, n.º marginal 14, quiere aplicar el criterio de si el objeto cae bajo comiso o confiscación, pero en esto se orienta por el bien jurídico protegido en el Derecho suizo.

³³ Cfr. HAMM. *NJW*, 2000, 638; BERNSMANN. *StV*, 2000, 43; distinto, LÜDERSSEN. *StV*, 2000, 208,

delito. Por cierto, esto depende especialmente, y con ello la impunidad del abogado defensor como el último beneficiado con la transferencia bancaria, de las contingencias del caso individual, es decir, de que el competente empleado bancario no haya subestimado por lo menos imprudentemente el origen ilegal de la suma depositada y, en consecuencia, sea sancionable³⁴ según el § 261, II, n.º 1. En todo caso, teniendo en cuenta las obligaciones de mayor diligencia que se establecen a través de la legislación de lavado de dinero para las instituciones de crédito³⁵, una sospecha inicial (§ 160 de la Ordenanza procesal penal) que desencadena investigaciones en el proceso penal no se puede excluir³⁶ sin más ni más.

La situación jurídica descrita conduce a una *colisión de intereses* entre la necesidad irrecusable de la lucha penal contra el lavado de dinero y el derecho del inculpado a una defensa efectiva a través del llamado a un abogado de su elección³⁷. Si el defensor designado libremente por el inculpado o acusado se expone, en los casos de los hechos previos del § 261, a un *riesgo* permanente de persecución penal, en la práctica será difícil para quien quiera que sea –¡no sólo para el autor anterior en el sentido del § 261!– encontrar un abogado de confianza que esté dispuesto a asumir este riesgo. El instituto de la libre elección de la defensa (*Wahlverteidigung*), como tal, peligra³⁸. Si el inculpado encuentra, sin

así como MAIWALD (nota 14), pp. 637 y ss. (639 y ss.), que alude al problema del mero “detener” o “guardar” dinero para evitar la penalidad del tercer adquirente de mala fe, pero admite esto por razones teleológicas (MAURACH/SCHROEDER [nota 4], § 101, n.º marginal 28; en contra de ello, KATHOLNIGG, *NJW*, 2001, 2045).

³⁴ Para la punibilidad en relación a la dirección de cuentas, cfr. SALDIT (nota 4), 127 y ss.

³⁵ Cfr. SCHUSTER, *Die Verantwortung der Banken bei Geldwäsche*, 1994, pp. 20 y ss.; WERNER, *Bekämpfung der Geldwäsche in der Kreditwirtschaft*, 1996, pp. 117ss.; OSWALD (nota 11), pp. 85 y ss.; HOYER/KLOS, *Regelungen zur Bekämpfung der Geldwäsche*, 2.ª ed., 1999, pp. 251 y ss.).

³⁶ Cfr. BERNSMANN, *StV*, 2000, 43. Para una sospecha inicial de lavado de dinero, cfr. Tribunal Regional de Saarbrück, *Wistra*, 1996, 189; Tribunal Regional de Saarbrück, *Wistra*, 1997, 235, para una sospecha urgente, cfr. Tribunal Regional Superior de Colonia, *StV*, 1999, 156, 157 y ss.

³⁷ Cfr. Tribunal Regional Superior de Hamburgo, *nstz*, 2000, 311 ss., 312 y ss.; cfr., también, HARTUNG, *AnwBl*, 1994, 444; BERNSMANN, *StV*, 2000, 40 y ss., HAMM, *NJW*, 2000, 636 y ss., LÜDERSSEN, *StV*, 2000, 206, GRÜNER/WASSERBURG, *GA*, 2000, 431, KARGL, *NJ*, 2001, 61 y ss.; MÖTHER, *Jura*, 2001, 320, HEFENDEHL (nota 21), p. 157.

³⁸ Cfr. también WOHLERS, *StV*, 2001, 426 y nota 66.

embargo, un abogado de su elección, la relación de confianza entre ambos se ve afectada por el riesgo de una investigación³⁹ y el trato libre, en el sentido del § 148 de la Ordenanza procesal penal (*Strafprozessordnung*, en adelante “OPP”), se ve cuando menos fácticamente perjudicado⁴⁰. La posibilidad de asignación de un *abogado de oficio* (*Pflichtverteidigung*, §§ 140 y 141 de la OPP) no altera en nada⁴¹ el perjuicio del derecho a la libre elección de la defensa. En primer lugar, no existe en todos los supuestos del § 261 I, según el § 140 I de la OPP, un caso de defensa necesaria. Si, por ejemplo, se trata del delito de tráfico de estupefacientes, para el que son competentes en principio los juzgados de primera instancia (§§ 24, 74 de la Ley orgánica de los tribunales –*Gerichtsverfassungsgesetz*), la designación está entregada al arbitrio judicial, según el § 140 II de la OPP, y, como es sabido, esto se ejerce de diferente forma a nivel regional⁴². En el sumario, la designación de un abogado de oficio depende generalmente de una moción de la fiscalía (§ 141 III OPP)⁴³. Pero la defensa de oficio es, además, algo distinto de la defensa elegida por la parte. La OPP concede un *derecho* de libre elección de defensa (§§ 137 y 138), que está garantizada en términos de derechos fundamentales (art. 6.º [3] [c] de la Convención Europea de Derechos Humanos), y la figura jurídica ideal de la defensa (§ 143 de la OPP)⁴⁴. La defensa de oficio cumple una

³⁹ KARGL, *NJ*, 2001, 62; MÖTHER, *Jura*, 2001, 320; OTTO, *JZ*, 2001, 436 (439); Sexta Tesis de la Asociación de abogados defensores de Berlín, octubre 1999 [www.strafverteidiger-berlin.de]. En contra, Tribunal Supremo Federal, *JZ*, 2002, 102, 104. En general, sobre el significado de la “confianza” en la relación entre defendido y defensor: LÜDERSSEN, en *Bundesrechtsanwaltskammer* (ed.), *Symposium E. Müller* (2000), p. 41.

⁴⁰ Es más, según una extendida opinión, en caso de la sospecha del §§ 257 y ss. este derecho debiera ser total o parcialmente revocado (cfr. SCHÄFER, en *FS Hanack* [1999], p. 99, con ulteriores referencias).

⁴¹ Para la defensa de oficio, véase, empero, pero KÖRNER/DACH, *Geldwäsche*, 1994, n.º marginal 38; REICHERT, *nstz*, 2000, 318, SCHAEFER/WITTIG, *NJW*, 2000; BURGER/PEGLAU, *Wistra*, 2000, 164; KATHOLNIGG, *NJW*, 2001, 2045; crítico del derecho, GRÜNER/WASSERBURG, *GA*, 2000, 435; también BERNSMANN, *StV*, 2000, 41; HAMM, *NJW*, 2000, 637, LÜDERSSEN, *StV*, 2000, 206; el mismo, en *FS Wallos* (2000) pp. 328 y ss., WOHLERS, *StV*, 2001, 426, nota 66.

⁴² Cfr. la indicación a la praxis de la justicia de Nuremberg en LÜDERSSEN, *FS Wallos* (2000), p. 331, nota 22.

⁴³ Crítico, también, WOHLERS, *StV*, 2001, 426, nota 66.

⁴⁴ Cfr. *Bundesverfassungsgericht Entscheidungen* (Colección oficial, en adelante *BVerfGE*), 38, 105 (11); 39, 156 (163), 63, 380 (390 y s.); 66, 313 (318 s.); 68, 237 (255).

función sólo subsidiaria, pensada para un inculpado sin recursos⁴⁵, y si el inculpado dispone de medios suficientes, no la necesitará y podrá contratar hasta tres abogados a su elección (§ 137 de la OPP)⁴⁶. Naturalmente, no existe ningún derecho a elegir defensor con dinero "sucio". Pero no se trata *de esto*. Se trata, antes bien, del posible socavamiento del instituto de la libre elección de defensa, el que, como se ha dicho, no sólo puede corresponder a los efectivamente culpables, sino a *cualquiera persona*. Finalmente: los honorarios del abogado de oficio se pagarán del capital maculado en el caso de condena del cliente, pues las costas del proceso, incluyendo el abogado defensor, se imponen al condenado (§ 465 de la OPP). El Estado, pues, interviene entre el patrocinado y el abogado defensor y "se procura" los medios para pagar a éste. Sus organismos habrán actuado por lo menos con temeridad respecto a la procedencia (261 v). Por lo mismo, nada se opone⁴⁷ a la imposición de la sanción del § 261 II n.º 1, como tampoco, particularmente, a la intención de la adquisición de paso quitando la mácula de la procedencia, pues ésta ya supone una adquisición previa impune⁴⁸. A pesar de todo esto, en *este caso*, la sanción va a ser negada, aludiendo a la acción estatal en interés público, la "salvaguardia de intereses predominantes" y el empobrecimiento del autor, es decir, en general, con argumentos teleológicos.⁴⁹ En otras palabras, se utiliza argumentos que, como veremos más adelante, no han sido reconocidos a favor del autor privado por el mismo Estado.

⁴⁵ Siquiera se va demasiado lejos cuando se la designa como "tutela jurídica de segunda clase" (así, HARTUNG. *AnwBl.*, 1994, 440, 444; contrario, Tribunal Supremo Federal, *JZ*, 2002, 122; 104, así como KATHOLNIGG. *NJW*, 2001, 2045). El inculpado puede siempre designar un abogado de oficio, y éste, en general, tiene que ser nombrado (§ 142 I StPO).

⁴⁶ Tribunal Regional Superior de Hamburgo, *NStZ*, 2000, 314 y ss.; HAMM. *NJW*, 2000, 637.

⁴⁷ Por cierto, tanto menos como aquellas víctimas del acto anterior consideradas por el Tribunal Regional Superior de Hamburgo, *NStZ*, 2000, 315, cuyas indemnizaciones por daños y perjuicios fueron pagadas con el dinero del autor anterior (sobre ello, véase también LÜDERSSEN, *StV*, 2000, 207).

⁴⁸ De otra opinión, GRÜNER/WASSERBURG. *GA*, 2000, 438, los que, sin embargo, mezclan el § 261 VI con consideraciones de imputación objetiva (cfr. la errada referencia de la nota 47).

⁴⁹ GRÜNER/WASSERBURG. *GA*, 2000, 427 y ss.; en contra de la punibilidad, pero sin fundamento, también HAMM. *NJW*, 2000, 637; deja abierta la cuestión LÜDERSSEN. *StV*, 2000, 206.

B. Derechos internacional y extranjero⁵⁰

La aceptación de honorarios maculados cae sin más bajo el tipo penal de adquisición o de posesión, como fue codificado originalmente en la Convención de Viena sobre las Drogas, de 1988⁵¹, en cierto modo la "convención madre" para la sanción del lavado de dinero, a saber, como adquisición, posesión, o uso del capital maculado (en su art. 3.º [1] [c] [i]). No hay restricciones en el nivel del tipo objetivo, por ejemplo, a partir del catálogo de hechos previos. Desde el punto de vista *subjetivo*, la posibilidad de lavado *imprudente* de dinero está contemplada, pero sólo en el plano regional, en la Convención europea de 1990 (art.6.º [3] [a])⁵²; en el plano internacional-universal, se exige el *conocimiento* referido al origen ilegal, a saber, en la Convención de Viena (art. 3.º [1] [b] y [c]), la Directiva europea sobre lavado de dinero 91/308, de 10 de junio de 1991⁵³, así como en la recientemente aprobada Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Transnacional Organizado (*UN-Convention against Transnational Organized Crime*) de 15 de diciembre de 2000⁵⁴.

Con respecto al *Derecho extranjero* —he investigado todos los estados de la Unión Europea, así como un grupo seleccionado de otros estados (Colombia, Croacia, Polonia, Rusia, Suiza, Turquía y Estados Unidos)—, resulta que el abogado defensor queda en mejor posición en los estados que no sancionan aparte el tipo penal de adquisición, sino colocan la *ocultación* manipulada del origen ilegal en el centro de su regulación penal (Francia, Grecia), e incluso, yendo más allá, exigen una adecuación determinada de la acción respecto del ocultamiento (Suecia, Italia)⁵⁵. En

⁵⁰ Cfr. AMBOS. *zStW*, 114 (2002), p. 236 (249, cuadro 1); también PORFIRIO, en CAJ (ed.). *Lavado de dinero*, 2000, pp. 53 y ss.

⁵¹ *Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances*, publicado, *inter alia*, en *International Legal Materials* (en adelante *ILM*) 28 (1989) 493, y en VAN DEN WYNGAERT (ed.). *International Criminal law*, 2.ª ed., 2000, p. 607.

⁵² *Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime*, en *European Treaty Series* (en adelante, *ETS*) n.º 141, y en *ILM* 30 (1991) 148, y VAN DEN WYNGAERT (nota 51), p. 635.

⁵³ Art. 1.º, BO CE L 166, 28.6.1991, p. 77, y en VAN DEN WYNGAERT (nota 51), p. 629.

⁵⁴ Art. 6.º, Doc. ONU A/55/383 [www.odccp.org/palermo/theconvention.html].

⁵⁵ Cfr., por ejemplo, el artículo 648 del Código Penal italiano; por otro, según el artículo 648ter todo empleo (*impiego*) en actividades económicas o financieras cae bajo pena.

estos estados la sanción del abogado defensor supondría por lo menos que la aceptación de los honorarios sirvió objetivamente al ocultamiento o bien –según el tipo penal de intención– debió servir a ésta⁵⁶.

En el aspecto subjetivo, en aquellos estados que exigen por lo menos dolo general la punibilidad está limitada, de suerte que en especial la imprudencia y la simple negligencia respecto del origen ilegal tampoco son suficientes. Esto acontece en siete de doce estados de la Unión Europea que prevén en general un tipo penal de lavado de dinero⁵⁷, así como en el caso de Polonia, Rusia, Colombia, Turquía y Estados Unidos; en Inglaterra y Gales se solicita específicamente el conocimiento respecto del tipo penal de adquisición⁵⁸.

III. INTENTOS DE RESTRICCIÓN

A. La discusión alemana

La doctrina alemana ha desarrollado tres intentos de solución para limitar el tipo penal de lavado de dinero. Estas pueden calificarse –en la línea de construcción del delito– como las soluciones del tipo, del dolo y de la justificación.

1. La solución (objetiva) del tipo

Bajo la noción de solución del tipo se reúnen todas las propuestas que quieren excluir la punibilidad de la aceptación de los honorarios ya en el plano del *tipo objetivo*⁵⁹. Puesto que hay que diferenciarlas de las

⁵⁶ Acerca de la intención de ocultar, cfr. nota 23.

⁵⁷ Esto es, Francia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Austria, Portugal y, en general, también Suecia. Los Países Bajos, Finlandia y Dinamarca han renunciado a decretar un tipo penal de lavado de dinero (cfr. AMBOS, *zstw*, 114 [2002], p. 250, cuadro 2, en nota 1).

⁵⁸ § 49 B del *Criminal Justice Act y Drug Trafficking Act 1998*, en *Halsbury's Statutes*, 4.ª ed., vol. 12, London, 1997, pp. 1060 y ss., 1545 y ss. Ambas leyes valen sólo en Inglaterra y Gales (sect. 172 GA, sect. 68 STA). Respecto de la legislación escocesa, en general semejante, compárese sect. 36 y ss. *Criminal Law (Consolidation) (Escocia)*, Act 1995 en *Greens Criminal Law Statutes*, Edimburgo, 1999, pp. A-71 ss.

⁵⁹ Crítico BOTTKE, *Wistra*, 1995, 122 y ss.; KEMPF, en BRÜSSOW/GATZWEILER/KREKELER/MEHLE (eds.), *Strafverteidigung in der Praxis*, 1, 2.ª ed., 2000, p. 57; GRÜNER/WASSERBURG, GA, 2000,

soluciones subjetivas en el campo del dolo (“solución del dolo”), parece más acertado hablar de una solución *objetiva* del tipo penal. En esto entran en discusión una reducción conforme a la Constitución y teleológica, así como reducciones basadas en la doctrina de la imputación objetiva.

La reducción del tipo penal *conforme a la Constitución (verfassungskonforme Reduktion)* se encuentra en el punto central de la argumentación del Tribunal Regional Superior de Hamburgo⁶⁰: La punibilidad de la aceptación de honorarios incidiría en la libertad profesional del abogado (art. 12 I de la Ley fundamental) y en el derecho del inculpado a elegir un abogado (§ 137 de la OPP)⁶¹. En los casos de pago de honorarios *sin* una tendencia interna a beneficiar al autor o a dañar a la víctima, estas intervenciones no se presentarían como necesarias ni como proporcionales, por lo que el tipo penal debiera ser objeto de una reducción⁶². De ese modo, el Tribunal deja intacta la punibilidad en los casos en que el abogado defensor abusa del vínculo del mandato para ocultar –en cierto modo como cómplice del defendido– el capital ilícito en el sentido del § 261, 1 (actuación colusiva conjunta), o en los casos donde el hecho anterior se dirige contra una víctima concreta y esta víctima hace valer demandas de indemnización por daños y perjuicios⁶³. Por cierto, en la mayoría de los hechos previos de lavado las demandas de indemnización del lesionado no vienen al caso, pues se trata de uno de los llamados delitos sin víctima. En el especialmente importante campo de las drogas, el hecho anterior se basa generalmente sobre la relación de intercambio, en donde la presunta víctima, el consumidor de drogas, recibe por su prestación pecuniaria la “mercancía” como contraprestación, es decir, exactamente lo que él ha querido. De cualquier manera, la sentencia, no obstante estas excepciones a la no punibilidad,

431 y ss.; dubitativo, ARZT (nota 14), § 29, n.º marginal 49. En general, respecto de reducciones en el ámbito de las bagatelas, BURR (nota 15), pp. 45 y ss.; EGGER TANNER (nota 15), pp. 168 y ss. (172). Para la solución del tipo en punto al § 258, cfr. WIDMAIER, en *FS Bundesgerichtshof IV* (2000), p. 1043 (1055 s.).

⁶⁰ *nstz*, 2000, 311 y ss., y en *StV*, 2000, 140 y ss.

⁶¹ *nstz*, 2000, 313s.

⁶² *nstz*, 2000, 315s.

⁶³ Para un efecto contraproducente del § 73, 1, 2, del Código Penal en esta materia, cfr. KAISER, *Wistra*, 2000, 123, 129; también, ESER, en *FS Stree/Wessels* (1993), pp. 842 y sss.

se ha topado, según es sabido, con una vehemente contradicción⁶⁴: desde un punto de vista metódico-formal se critica que el Tribunal Regional Superior habría infringido las fronteras de la interpretación, porque el tenor literal del § 261 II abarca claramente la aceptación de los honorarios. El juez no podría ponerse en el lugar del legislador, ante la duda sobre la constitucionalidad de una norma clara, sino debiera presentarla a la Corte Constitucional Federal según el artículo 100 de la Ley fundamental. En esta materia los críticos consideran la norma como constitucional⁶⁵. El argumento propuesto por GRÜNER y WASSERBURG⁶⁶ es convincente, en el sentido de que en el derecho a la defensa de parte no se trata en absoluto de un derecho fundamental originario del abogado defensor, sino sólo de un "reflejo de los intereses estatalmente protegidos del inculpaado", es decir, que depende únicamente de los intereses eventualmente lesionados del inculpaado. El abogado sería, según famosas palabras de BELING, sólo un asistente del sujeto procesal. Sin embargo, con ello sólo queda dicho que una lesión del derecho fundamental del abogado defensor no viene al caso. Queda pendiente si el menoscabo del derecho a la elección de un abogado, acertadamente constatado por el Tribunal Regional Superior de Hamburgo, no afecta el derecho fundamental y humano del inculpaado a un proceso penal justo, especialmente el derecho a la igualdad de armas.^{66a} En todo caso, aun los críticos de dicho Tribunal reconocen que las posibilidades de trabajo de los abogados defensores de libre elección pueden experimentar debido a la criminalización "una reducción persistente"⁶⁷; asimismo, incluso los defensores del párrafo

⁶⁴ SCHAEFER/WITTIG. *NJW*, 2002, 1387 y ss.; BURGER/PEGLAU. *Wistra* 2000, 161 y ss.; REICHERT. *Nstz*, 2000, 316 y ss.; GRÜNER/WASSERBURG. *GA*, 2000, 438; HETZER. *Wistra*, 2000, 281 y ss.; OTTO. *JZ*, 2001, 439 y ss.; KATHOLNIGG. *NJW*, 2001, 2041, 2043 ss.; KÖRNER (nota 13), n.º marginal 1890; TRÖNDLE/FISCHER. *StGB*, 51.ª ed., 2003, n.º marginal 32. Coincidente, en general, KARGL. *NJ*, 2001, 61; MÖTHER. *Jura*, 2001, 318 (321 y ss.); WOHLERS. *StV*, 2001, 424 y ss., 429; RAGUÉS I VALLÉS (nota 23), p. 327; diferente, HEFENDEHL (nota 21), pp. 163 y ss. (164).

⁶⁵ Cfr. KATHOLNIGG. *NJW*, 2001, 2043 ss.; también, Tribunal Regional de Francfort (nota 1), pp. 48 y ss.; asimismo, Tribunal Supremo Federal, *JZ*, 2002; 102, 103. En contra de la infracción al artículo 12 *Grundgesetz* (= Constitución, en adelante GG), también HEFENDEHL (nota 21), pp. 165 y ss.

⁶⁶ *GA*, 2000, 433 y ss.

^{66a} Ver en extenso sobre este principio en el Derecho procesal europeo, AMBOS. *zstW*, 115 (2003), n. 4.

261 II admiten que el tipo es demasiado amplio y, por ello, debiera ser limitado de algún modo⁶⁸.

Sin razón se reprocha continuamente al Tribunal Regional Superior haber practicado "una reducción teleológica"⁶⁹. En realidad, el Tribunal opina que "una reducción puramente teleológica del tipo penal" estaría "ampliamente descartada del terreno", porque el legislador quiso precisamente registrar todas las formas de comportamiento posibles de aceptación del capital maculado en el § 261 II⁷⁰. Esto corresponde a la opinión general de la doctrina, según la cual el legislador renunció conscientemente a la exoneración penal prevista en un anterior proyecto de ley de la Cámara de los *Länder* (*Bundesrat*)⁷¹, referente a determinados negocios socialmente usuales y a derechos especiales para los abogados⁷². Con ello, queda claro que una interpretación histórica (*subjetiva*) orientada por la voluntad legislativa, prohíbe una reducción del tipo penal en favor de determinados pagos o negocios usuales⁷³. Si esta voluntad tan clara se desprende de los debates parlamentarios, y tratándose además de una ley reciente, no hay espacio para una interpretación correctiva de carácter teleológico-*objetivo*. No hace falta dirimir aquí otra vez la clásica disputa entre las interpretaciones objetiva

⁶⁷ BURGER/PEGLAU. *Wistra*, 2000, 163. Semejante, Tribunal Supremo Federal, *JZ*, 2002, 102, 104: "perturbación de la relación de defensa".

⁶⁸ Cfr., por ejemplo, TRÖNDLE/FISCHER (nota 64), n.º marginal 30; STREE (nota 14), n.º marginal 14; KÖRNER/DACH (nota 41), n.º marginal 35 y ss.; KÖRNER (nota 13), n.º marginal 1885, 1889; de la bibliografía general cfr. también RENGIER. *Strafrecht*, BT I, 5.ª ed., 2002, § 23, n.º marginales 16s., MAURACH/SCHROEDER (nota 4), § 101, n.º marginales 26 y 37.

⁶⁹ REICHERT. *Nstz*, 2000, 316 y ss. Diferente, HEFENDEHL (nota 21), pp. 163 y ss. En esta materia también WOHLERS, *StV*, 2001, 425, ve una reducción teleológica en la argumentación del Tribunal Regional Superior.

⁷⁰ Tribunal Regional Superior de Hamburgo, *Nstz*, 2000, 312.

⁷¹ BT Drs., 11/7663, pp. 7 y ss., 27.

⁷² Cfr. GRÜNER/WASSERBURG. *GA*, 2000, 432 y ss.; KATHOLNIGG. *NJW*, 2001, 2042; también BARTON. *StV*, 1993, 157; LÖWE-KRAHL. *Wistra*, 1993, 125 s.; HARTUNG. *AnwBl.*, 1994, 440; WEYAND. *Inf*, 1994, 663; BOTKE. *Wistra*, 1995, 122; KNORZ (nota 20), p. 170; BERNSMANN. *StV*, 2000, 42; BURGER/PEGLAU. *Wistra*, 2000, 161 y ss.; KÖRNER (nota 13), n.º marginal 1884, 1886s.; OTTO. *JZ*, 2001, 439 y ss.; NEUHEUSER (nota), n.º marginal 73. Asimismo, Tribunal Supremo Federal, nota 2, en el apartado III, 2, a (no publicado en *JZ*, 2002, 102).

⁷³ Así, en definitiva, BURGER/PEGLAU. *Wistra* 2000, 161; HEFENDEHL (nota 21), pp. 163 y ss., KARGL. *NJ*, 2001, 61, 63; S/S-STREE (nota 14), n.º marginal 17; TRÖNDLE/FISCHER (nota 64), n.º marginal 33.

y subjetiva⁷⁴; la clara voluntad legislativa no puede ser excluida por un contenido normativo teleológico-objetivo, que, por lo demás, ni siquiera puede ser determinado con seguridad⁷⁵.

Los representantes de la solución del tipo rechazan la *teoría de la adecuación social*, por considerarla en general como muy indefinida⁷⁶, y recurren en este tema a consideraciones de la doctrina de la *imputación objetiva*, en el amplio sentido de ésta, es decir, de nuevo a consideraciones normativo-teleológicas⁷⁷. Así, se considera la realización de la defensa contra un honorario adecuado (§ 3 del Arancel federal de abogados – *Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung*, BRAGO) como prestación usual y común de servicios profesionales, que no tocaría el fin de protección del § 261 por cuanto en la aceptación de los honorarios no habría que ver “infiltración” alguna en el círculo económico legal⁷⁸. También los intentos de concreción o bien restricción del término “procede” del § 261 I, igualmente basados sobre consideraciones normativas de imputación

⁷⁴ Cfr. LARENZ/CANARIS. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3.ª ed., 1995, pp. 137 y ss.

⁷⁵ *Ibid.*, pp. 163 y ss. (165). Cfr. también ALEXY. *Theorie der juristischen Argumentation*, 1991, p. 305: “Los argumentos que expresan un apego al tenor literal de la ley o a la voluntad del legislador histórico, prevalecen sobre otros argumentos, a menos que se pueda aducir motivos sensatos para conceder la prioridad a éstos”. Otra opinión, *in concreto*, WOHLERS. *StV*, 2001, 425, con el argumento que la función de una reducción teleológica radicaría precisamente en limitar el campo de aplicación de una norma, de suerte que éste quede detrás de su posible versión literal. Pero entonces sería sumamente fácil escamotear con argumentos supuestamente “teleológicos” la voluntad del legislador democráticamente legitimado.

⁷⁶ BARTON. *StV*, 1993, 18 y ss.; KNORZ (nota 20), p. 169; KARGL. *NJ*, 2001, 61; KÖRNER (nota 13), n.º marginal 1885, 1887, TRÖNDLE/FISCHER (nota 64), n.º marginal 33; Tribunal Regional Superior de Hamburgo, *nstz*, 2000, 312, coincidente, REICHERT. *nstz*, 2000, 317; también KATHOLNIGG. *njw*, 2001, 2042; NEUHEUSER (nota), n.º marginal 71. Diferente HEFENDEHL (nota 21), pp. 147 y ss., que alude a las precisiones tomadas de la discusión sobre la complicidad a través de acciones neutrales (sobre esto último, AMBOS. *Juristische Arbeitsblätter* [en adelante, *JA*], 2000, 721 y ss., con ulteriores referencias). Fundamental sobre la adecuación social ESER, en *FS Roxin* (2001), pp. 199 y ss. (crítica, 205 y ss.).

⁷⁷ Esto muestra en definitiva la investigación de WOHLERS. *StV*, 2001, 424 y ss., 426 (ver ya nota 69 respecto del Tribunal Regional Superior de Hamburgo).

⁷⁸ Cfr. SALDITT (nota 4), 1992, p. 132; BARTON. *StV*, 1993, 159 y ss. (162 y ss.); también, LOWE-KRAHL. *Wistra*, 1993, 125 y ss.; HARTUNG. *AnwBl.*, 1994, 443 y ss.; KULISCH. *StraFo*, 1999, 339; DIONYSOPOULOU (nota 4), pp. 135 y ss.; tendencialmente, también KREß. *Wistra*, 1998, 126; ver también ARZT. *nstz* 1990, 3 y ss., que, sin embargo, aboga por la solución del dolo.

objetiva, pueden ser fructíferos para una reducción teleológica del § 261 II n.º 1⁷⁹. Si con esto se niega una procedencia en la subsiguiente elaboración económica del objeto, es decir, una posterior prestación autónoma⁸¹ –como también en la Exposición de motivos de la ley–⁸⁰, entonces se podría argumentar en nuestro contexto que los honorarios del abogado defensor son producidos por la prestación de servicios independientes en la defensa penal y que en consecuencia el ordenamiento jurídico tiene que tolerarlos como contraprestación adecuada del asesoramiento jurídico.

Finalmente, también “la solución de la derogación” propuesta por LÜDERSSEN⁸² conduce a una reducción teleológica del § 261 II n.º 1, si bien se basa en figura de la “derogación modificativa”⁸³, conocida en la metodología jurídica: la punibilidad del lavado de dinero según el § 261, y el derecho a la elección de defensa según el § 137 de la OPP se encuentran entonces en una relación concursal, limitando recíprocamente sus campos de aplicación. Si se decide por la prevalencia de uno de los preceptos (aquí, el § 137 de la OPP), pues este precepto deroga en definitiva parte del ámbito del otro (§ 261).

Problemática es, por cierto, en estos intentos de restricción normativa del tipo penal, no sólo su contradicción con el tenor literal de la ley y la indeterminación de los criterios empleados –un conocido problema de las reducciones normativas del tipo penal con ayuda de la doctrina de la imputación objetiva–, sino también la ausencia de unidad sobre el *bien jurídico* protegido por el tipo del lavado de dinero⁸⁴. Puesto que en todo caso la fuerza de convencimiento de una reducción del tipo penal

⁷⁹ Cfr. en especial BARTON. *nstz*, 1993, 159 y ss. (162 y ss.); fundamental, MAIWALD (nota 14), pp. 636 y ss. Escéptico de la necesidad de una interpretación restrictiva desde el punto de vista empírico, OSWALD (nota 35), pp. 289 y s.

⁸¹ Cfr. BARTON. *nstz*, 1993, 163 y ss.; SALDITT (nota 4), 124; LEIP (nota 4), pp. 122 y ss.; KARGL. *NJ*, 2001, 58.

⁸⁰ *Bundesratsdrucksache* (en adelante *BRDRs*) 507/92, pp. 27s., *BTDrs* 12/989, p. 27.

⁸² *FS Waltos* (2000), pp. 329 y ss. (321, nota 23; 334, nota 30).

⁸³ Referencias en LÜDERSSEN. *FS Waltos* (2000), p. 331, nota 23.

⁸⁴ Cfr. ya SALDITT (nota 4), pp. 121 y ss.; asimismo, HARTUNG. *AnwBl.*, 1994, 442; también MAIWALD (nota 14), pp. 633 y ss. SCHITTENHELM, en *FS Lenckner* (1998), p. 522, considera el bien jurídico del lavado de dinero como un “acertijo”. HEFENDEHL (nota 21), p. 150, habla de un “bien jurídico múltiple” y de “aparentes bienes jurídicos”.

orientada al bien jurídico, depende decididamente de una determinación del bien jurídico correspondiente. Esto se sumerge, como ocurre en el lavado de dinero, en un mar de opiniones diferentes⁸⁵, y falta en cierto modo una premisa que consienta la reducción del tipo. Además, se puede fundamentar tal reducción *in concreto*, solamente cuando se parte de bienes jurídicos universales ampliamente concebidos, como la seguridad interna, el orden público económico o la Administración de Justicia. Es entonces cuando se puede argumentar que ningún peligro para un bien jurídico *concreto* deriva de la aceptación de honorarios maculados⁸⁶, aunque son conocidos los principales argumentos contra tales bienes jurídicos indeterminados en vista de los límites jurídico-constitucionales del derecho penal⁸⁷. O bien se ve el fin del § 261 menos en alguna protección bienes jurídicos *susceptibles de concreción*, y más en la posible satisfacción de muchos principios de investigación⁸⁸, en el sentido de un extensivo "tipo penal de persecución"⁸⁹. Así se llega por cierto al resultado de que la aceptación de los honorarios del abogado no constituye un injusto punible⁹⁰, pues se trata efectivamente de combatir los hechos anteriores.

⁸⁵ Un panorama instructivo sobre los bienes jurídicos protegidos ofrece KILCHLING, en ALBRECHT (ed.). *Forschungen über Kriminalität und Kriminalitätskontrolle*, etc., 1999, p. 79 (83 y ss.). Cfr. también HARTUNG. *AnwBl.*, 1994, 442; BURR (nota 15), pp. 11 y ss.; LEIP (nota 4), pp. 44 y ss.; KNORZ (nota 20), pp. 125 y ss.; OSWALD (nota 35), pp. 60 y ss.; DIONYSOPOULOU (nota 4), pp. 49 y ss.; BERNSMANN. *StV*, 2000, 42, KARGL. *NJ*, 2001, 60 y ss.; HEFENDEHL (nota 21), pp. 150 y ss. Desde la perspectiva española, cfr. GÓMEZ PAVÓN. *Cuadernos de Derecho judicial*. Consejo General del Poder Judicial, febrero de 1994, pp. 189 y ss. (210 y ss.); GÓMEZ INIESTA. *El delito del blanqueo de capitales en Derecho español*, Barcelona, 1996, pp. 29 y ss.; DEL CARPIO DELGADO (nota 23), pp. 29 y ss.; BLANCO CORDERO (nota 56), pp. 153 y ss.; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO. *El blanqueo de capitales en el Derecho español*, 1999, pp. 12 y ss.; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ (nota 23), pp. 78 y ss.

⁸⁶ Asimismo, HARTUNG. *AnwBl.*, 1994, 443 y ss.; BERNSMANN. *StV*, 2000, 42.

⁸⁷ Crítico, por ejemplo, WEIGEND. *FS Triffterer* (1996), pp. 708 y ss.; crítico en nuestra relación, SCHITTENHELM (nota 84), p. 528, DIONYSOPOULOU (nota 4), pp. 69 y ss.; BERNSMANN. *StV*, 2000, 43; HEFENDEHL (nota 21), p. 152; ARZT (nota 14), § 29, n.º marginal 7; en especial acerca del bien jurídico de la seguridad interna, BARTON, *StV*, 1993, 160, HARTUNG. *AnwBl.*, 1994, 443.

⁸⁸ Así, HEFENDEHL (nota 21), p. 152.

⁸⁹ Cfr. TRÖNDLE/FISCHER. *StGB*, 50.ª ed., 2001, n.º marginal 2 a; RAGUÉS I VALLÉS (nota 23), p. 315 y ss.

⁹⁰ Asimismo, HEFENDEHL (nota 21), p. 153. Afirman el merecimiento objetivo de pena GRÖNER/WASSERBURG. *GA*, 2000, 432, 435, 439.

Si, por otro lado, se trata de un *aislamiento* del autor anterior, su exclusión del círculo económico legal, esto se va a perseguir y alcanzar, naturalmente, no sólo con la criminalización de la compra de bienes de lujo, sino también con la prohibición de aceptar honorarios maculados. Pues con ello el autor es excluido justamente de *toda* actividad económica, incluso la cotidiana socialmente usual. Por cierto que existe una manifiesta contradicción valorativa en la comparación entre la compra de un Ferrari y el pago hecho al –legalmente garantizado y también necesario (§ 140 de la OPP)– abogado defensor. No es sólo que el autor anterior no ha obtenido su capital ilegalmente con el objetivo de pagar a su abogado⁹¹; él también se ve privado de este capital por la cancelación de los honorarios del abogado, y no le queda –como en la compra de un bien lujoso– la posibilidad del uso y aprovechamiento del sucedáneo.

Al respecto, se llega al mismo resultado que en el comiso (§ 73 CP) y en la confiscación (§ 74 CP)⁹² o –como ya hemos mencionado– en el pago estatal del abogado de oficio con el patrimonio del condenado según el § 465 de la OPP⁹³. Por lo demás, la posibilidad de confiscación según los §§ 261 VII 1, 74, ofrece precisamente un argumento (adicional) a favor del abogado defensor: si se parte de que el abogado defensor tiene una pretensión de honorarios por el patrocinio derivado del contrato de servicios⁹⁴, el capital producido por un hecho anterior puede ser confiscado en el sentido del § 261 sólo hasta donde alcanza esta pretensión de honorarios. Pues una confiscación sólo es admisible según el § 74 II n.º 1, cuando el objeto afectado pertenece o corresponde al autor o partícipe –es decir, en este caso, al patrocinado–, lo que implica que ningún derecho de terceros –en este caso, el del abogado defensor sobre la base del contrato de servicios– va a ser afectado. Una confiscación por extensión sólo es

⁹¹ Cfr. además tesis 4 de los abogados defensores de Berlín (nota 39).

⁹² Sobre la difícil delimitación entre confiscación y comiso a propósito del lavado de dinero, cfr. KILCHLING. *Wistra*, 2000, 248, y sobre la, por eso mismo necesaria, unificación bajo un tipo de confiscación en el sentido del Derecho suizo, cfr. KAISER. *Zeitschrift für Rechtspolitik* (en adelante *ZRP*), 1999, 147 s.; del mismo, *Wistra*, 2000, 129.

⁹³ Semejante HEFENDEHL (nota 21), p. 165.

⁹⁴ Cuya eficacia, por cierto, depende de que con el acuerdo de honorarios el abogado no contravenga una "prohibición legal" (§ 134 Código Civil). También por esto debe reducirse el alcance del § 261.

admisible según el § 261 VII 2 y en el sentido del § 74, cuando el abogado defensor ha contribuido por lo menos imprudentemente para que el objeto confiscado haya sido el medio u objeto del hecho (§ 74 a n.º 1), o haya sido adquirido por el abogado defensor con conocimiento de las circunstancias que posibilitan la confiscación en forma reprobable (§ 74 a n.º 2). Puesto que la primera posibilidad generalmente se excluye, los honorarios del abogado defensor sólo pueden ser confiscados cuando éste ha obrado reprobablemente. Esta cláusula de reprobación podría también servir como límite de la adquisición de paso en el sentido del § 261 VI⁹⁵.

2. La solución del dolo

En cuanto a la solución del dolo, sólo puedo referirme a ella brevemente. Si se la entiende –al tenor de su *variante moderada*– sólo en el sentido de que el requisito del conocimiento en el momento de la adquisición de la custodia, según § 261 II n.º 2, también tiene que ser afirmado frente a la temeridad de que trata el inciso 5.⁹⁶, pues esto nos es de poca ayuda en nuestro contexto, porque el tipo penal de procurarse precisamente no exige un conocimiento tal⁹⁷.

Si, en cambio, en cuanto al tipo penal de adquisición en su totalidad –en analogía con el resultado propio del delito de frustración de pena del § 258⁹⁸–, hay que subscribir el requisito del conocimiento positivo referente al origen ilegal⁹⁹ –según ya hizo el Tribunal Regional de Francfort¹⁰⁰–, ello dificultaría la condena del abogado defensor, pero no

⁹⁵ Cfr., además, PALMA HERRERA. *Los delitos de blanqueo de capitales*, Madrid, 2000, p. 541, nota 110.

⁹⁶ Cfr. BOTTKE. *Wistra*, 1995, 123.

⁹⁷ Cfr. también SALDITT (nota 4), p. 128, el que aduce con acierto que el párrafo segundo, número 2, se refiere ya objetivamente a casos distintos de los del primer párrafo; también KÖRNER (nota 13), n.º marginal 1888.

⁹⁸ Cfr. al respecto BEULKE. *Die Strafbarkeit des Verteidigers*, 1999, pp. 133 y ss.

⁹⁹ Cfr. KEMPF (nota 79) p. 57; cfr. también ARZT. *nstz*, 1990, p. 4, quien, con referencia a la discusión sobre la punición a título de complicidad de las acciones neutrales, aboga por una “prohibición de regreso en el ámbito del dolo”; cfr. también HEFENDEHL (nota 21), pp. 147 y ss., y ya en nota 77; MATT. *GA*, 2002, 145; diferente, OTTO. *JZ*, 2001, p. 440: en pro de la solución del dolo. Crítico, KATHOLNIGG. *NJW*, 2001, 2043.

¹⁰⁰ Cfr. texto y nota 5.

sería un impedimento para las investigaciones en el proceso penal sobre la base de una sospecha inicial¹⁰¹. Esto resulta ya de la inseguridad general de las delimitaciones en el campo del dolo¹⁰², y es acentuado por la comprobación empírica de que los órganos de la investigación difícilmente permiten que por la falta de dolo naufrague la sospecha inicial¹⁰³. El Tribunal Supremo Federal pasa por alto esta cuestión cuando –en el plano del deber ser– habla de los “presupuestos legales” de la sospecha inicial¹⁰⁴. Aun cuando el legislador restringiese la punibilidad a la aceptación consciente de los honorarios maculados, se necesitaría una garantía legal de inmunidad de investigación del abogado defensor, así como GRÜNER y WASSERBURG¹⁰⁵ requieren consecuentemente como representantes de una solución del dolo denominada “institucional”.

3. La solución de la justificación

De acuerdo con la solución de la justificación, propuesta por primera vez por BERNSMANN¹⁰⁶, de la relación de defensa y de la presunción de inocencia se puede deducir una causa de justificación *procesalmente cimentada*. Como las autoridades de la investigación pudieran adoptar medidas de coacción en el proceso penal con la sola sospecha de un hecho penal, y con ello justificar la realización del tipo penal ocurrido por medio de la sospecha, es decir, por medio de una sospecha de *culpabilidad*, así también la presunción de *inocencia* representa para el abogado defensor un bono de

¹⁰¹ Críticos de la solución del dolo también BERNSMANN. *StV*, 2000, pp. 41 y ss.; HAMM. *NJW*, 2000, 636; LÜDERSEN. *FS Waltos* (2000), p. 332; GRÜNER/WASSERBURG. *GA*, 2000, pp. 441 y ss.; ampliamente, además, tesis 8 de los abogados defensores de Berlín (nota 39).

¹⁰² Sobre el *dolus directus* de primer grado y el *dolus eventualis*, cfr. también LÜDERSEN. *StV*, 2000, p. 207.

¹⁰³ De la con frecuencia prematura admisión policial de un dolo homicida, basada en una orientación unilateral hacia el resultado de la acción, cfr. SESSAR. *Rechtliche und soziale Prozesse einer Definition der Tötungskriminalität*, 1981, pp. 208 y ss. y *passim*; y EISENBERG. *Kriminologie*, 5.ª ed., 2000, § 45, n.º marginal 15.

¹⁰⁴ Cfr. Tribunal Supremo Federal, *JZ*, 2002, pp. 102 y 104.

¹⁰⁵ *GA*, 2000, pp. 441 y ss. Al respecto se apoyan en un paralelo, poco claro, con la exclusión del abogado defensor según el § 138 de la Ordenanza procesal penal. En contra, Tribunal Supremo Federal, *JZ*, 2002, pp. 102 y 104.

¹⁰⁶ *StV*, 2000, pp. 43 y ss.; crítico KATHOLNIGG. *NJW*, 2001, pp. 2042 y ss., siquiera acaba por no dar la debida importancia a la presunción de inocencia.

justificación asegurado por la relación de patrocinio. Asimismo, como el funcionario de la investigación se justifica con la sospecha del hecho, el abogado defensor puede justificar la aceptación típica de honorarios con lo opuesto, la presunción de inocencia correspondiente a su patrocinado; ello inclusive debería asegurar la defensa tranquilamente. El principio del interés predominante, inmanente en las causas de justificación, quedaría a salvo, pues el interés de un proceso penal justo prevalece sobre el interés de someter a pena al abogado defensor. HAMM¹⁰⁷ ha complementado la justificación con una *doble presunción de credibilidad* –del abogado defensor frente a su patrocinado, y de las autoridades de persecución penal frente al abogado defensor–. Esta presunción sólo sería refutada cuando el abogado defensor estuviera convencido de la culpabilidad de su patrocinado, especialmente si éste le hubiera evidenciado el origen ilegal de su capital. Mientras éste no sea el caso, la presunción de credibilidad se presentaría como contrafuerza *legal* que desbarata la tipicidad.

También HEFENDEHL¹⁰⁸ ha certificado recientemente la solución de la justificación como “cierto reflejo estético”. Además, LÜDERSSEN¹⁰⁹ primero la ha acogido –del todo convencido– con la reflexión paralela a la justificación de las intervenciones estatales de investigación y a la posible frustración de pena por el abogado defensor según el § 258¹¹⁰, así como con la relación regla-excepción de tipicidad y antijuridicidad, pero luego la ha rechazado con los argumentos contrarios a favor de su ya mencionada solución de la derogación¹¹¹. Ahora la argumentación de

¹⁰⁷ HAMM. *NJW*, 2000, pp. 636 y ss.; cfr. también HAMM/KEMPF. *Revisionsbegründung* (escrito de casación, sobre nota 1) de 26 de febrero de 2001, pp. 11 y ss., y 21; coincidente, KÖRNER (nota 13), n.º marginal 1981. Al respecto, también Tribunal Regional de Francfort (nota 1), p. 46.

¹⁰⁸ HEFENDEHL (nota 21), p. 155.

¹⁰⁹ LÜDERSSEN. *StV*, 2000, pp. 206 y ss.; coincidente, también HAMM. *NJW*, 2000, p. 637; tendencialmente, también KÖRNER (nota 13), n.º marginal 1891; cfr. LÜDERSSEN, en *FS Waltos* (2000), pp. 332 y ss.

¹¹⁰ Cfr., por ejemplo, Tribunal Supremo Federal, *StV*, 1999, pp. 153 y ss., con nota de LÜDERSSEN. *StV*, 1999, pp. 537 y ss.; hoy, además, Tribunal Supremo Federal, *nstz*, 2001, pp. 145 y ss. con interesantes consideraciones sobre el lado subjetivo del hecho. Fundamental, BEULKE (nota 98), pp. 5 y ss.; del mismo, en *FS Roxin* (2001), pp. 1173 y ss. Sobre la jurisprudencia, también WIDMAIER, en *FS BGH IV* (2000), pp. 1055 y ss., 1060.

¹¹¹ Cfr. LÜDERSSEN, en *FS Waltos* (2000), pp. 332 y ss., así como, antes, en nuestra nota 82.

LÜDERSSEN reza que de la presunción de inocencia no se podría sacar más que la justificación de una frustración abogadil de pena según el § 258, pues el privilegio de una defensa adecuada no llegaría más allá.

No obstante, todo esto no ha cambiado en nada la superioridad dogmática y político-criminal de la solución de la justificación frente la solución del tipo. Antes de fundamentar esto, hay que dar una ojeada al Derecho extranjero.

B. Soluciones de derecho comparado

También en la discusión extranjera se encuentran los intentos de restricción discutidos en Alemania¹¹². En ello no hay que pasar por alto que muchos ordenamientos jurídicos –sobre todo los del *Common law*– tratan nuestro problema menos orientados a principios jurídico-materiales que al pragmatismo-procesal, en la medida en que no se inician investigaciones o éstas son tempranamente archivadas¹¹³.

1. La solución objetiva del tipo

La solución del tipo encuentra, en primer lugar, un punto inicial de apoyo *legal* en todos aquellos preceptos edificados sobre la *adecuación* de la acción típica para la ocultación del origen ilegal de los valores patrimoniales. Así, según el cap. 9, § 6, a, (2) del Código Penal *sueco*, la acción debe ser objetivamente adecuada para ocultar el enriquecimiento de un tercero. En lo cual se debe tratar de medidas que puedan encubrir de manera típica un enriquecimiento punible; los negocios normales de todos los días están excluidos¹¹⁴. También la locución *in modo da*, en el artículo 648bis

¹¹² Por lo demás, la conducta de arrepentimiento posterior al hecho es recompensada con la exclusión o bien la reducción de la pena (en el sentido del arrepentimiento activo del § 261 ix p. 1, del Código Penal, cfr., por ejemplo, el § 165 del Código Penal austriaco y el 299, VIII, del Código Penal polaco). En Grecia se puede prescindir de la pena prevista para el delito de ocultación, cuando el hechor ha obrado a favor de su cónyuge o sus parientes (art. 2.º [2] Ley 2331/91). En Croacia es posible una remisión de la pena con una contribución voluntaria para la aclaración de los hechos (Código Penal, art. 279 VII).

¹¹³ Cfr. al respecto KARGL. *NJ*, 2001, pp. 61 y ss.; también, KÖRNER (nota 13), número marginal 1885, 1889: “generosa praxis de suspensión”, prohibición del exceso; TRÖNDLE/FISCHER (nota 89), n.º marginal 34: “ningún deber absoluto de investigación”.

¹¹⁴ Cfr. WENNBERG, en HOLMQUIST/LEIJONBUFVUD/TRÅSKMAN/WENNBERG. *Brottsbalken*. En

del Código Penal italiano (*in modo da ostacolare l'identificazione...*), puede ser entendida como una reducción objetiva del tipo penal, con lo cual se excluyen del tipo penal las acciones que bajo ninguna circunstancia pueden contribuir a dificultar la determinación del origen¹¹⁵. Asimismo, una parte de la doctrina española procura entender la palabra "para" del artículo 301, 1, del Código Penal ("para ayudar [...] a eludir las consecuencias legales") en el sentido de un adecuación objetiva¹¹⁶.

En España la solución del tipo es también defendida en la doctrina¹¹⁷, cuando allí, como en Alemania, se fundamenta la reducción del tipo en el derecho constitucionalmente cimentado a la libre elección del defensor de confianza¹¹⁸. Esta solución puede incluso apoyarse en la ley, pues el tipo penal de adquisición del artículo 301 1 del Código Penal ya no se refiere expresamente a la posesión y uso del capital ilegal¹¹⁹. Con lo que resulta discutible si estas acciones hayan sido descriminalizadas, pues se pueden considerar como típicas a través de un concepto amplio de adquisición. También la garantía de inmunidad, exigida en Bélgica para los honorarios del abogado defensor, corresponde a la solución del tipo, pues la aceptación de los honorarios maculados debe excluirse del tipo penal¹²⁰. La situación especial de la defensa penal es reconocida también por la Comisión Europea, que excluye completamente el ámbito de la

Kommentar, capítulos 1-12, Stockholm, 1998 (situación a julio de 2002), p. 9:93c.

¹¹⁵ Cfr. ZANCHETTI. *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, 1997, pp. 368, 383.

¹¹⁶ Cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ (nota 23), pp. 228 y ss., con ulteriores referencias; GÓMEZ INIESTA. *El delito de blanqueo de capitales en Derecho español*, 1996, p. 51. Por un elemento típico subjetivo independiente del dolo, por ejemplo, FABIÁN CAPARRÓS. *El delito de blanqueo de capitales*, 1998, pp. 402 y ss., 408 y ss.; por un elemento relativo a la intención, BLANCO CORDERO (nota 56), pp. 383 y ss.

¹¹⁷ DEL CARPIO DELGADO (nota 23), pp. 269 y ss., quien, sin embargo, quiere prescindir de casos concretos; FABIÁN CAPARRÓS (nota 116), p. 472; crítico sobre la solución del dolo, PALMA HERRERA (nota 95), p. 536; lo mismo, RAGUÉS I VALLÉS (nota 23), pp. 304 y ss., quien pretende negar la propia adecuación típica cuando con el hecho, objetivamente, no se oculta ni "consolida" valores patrimoniales (pp. 321 y ss.).

¹¹⁸ Cfr. PALMA HERRERA (nota 95), pp. 534, 537, con una remisión a la jurisprudencia del Tribunal Supremo; cfr. también ARÁNGUEZ SÁNCHEZ (nota 23), p. 258.

¹¹⁹ Cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ (nota 23), pp. 242 y ss., con ulteriores referencias.

¹²⁰ Cfr. JAKHIAN. "L'Infraction de blanchiment et la peine de confiscation en droit belge", en *Revue de Droit Penal et de Criminologie (RDPC)*, 71 (1991), p. 765 (783); aun más extenso, PARDON. "Le blanchiment de l'argent et la lutte contre le criminalité axée sur le profit", *RDPC*, 72 (1992), p. 748.

representación legal y de la defensa, de los deberes ampliados de identificación y de registro previstos en la nueva Directiva¹²¹.

Finalmente, el Derecho de Estados Unidos encierra también una exclusión del tipo penal, y en un doble sentido. En primer lugar, sólo es punible la formación de un negocio monetario, de una *monetary transaction*, cuando su valor excede diez mil dólares (18 *United States Code Annotated*, USCA § 1957)¹²². La relevancia práctica de esta reducción pudiera ser menor, teniendo en cuenta los honorarios usuales en los casos de criminalidad organizada en Estados Unidos. Por eso, la abogacía ha defendido desde siempre un privilegio general de la defensa penal, y de hecho ha conseguido una regulación en la *Money Laundering Prosecution Improvements Acts*, de 1988¹²³, que separa aquella actividad del concepto de *monetary transaction*, al ser ella "necesaria" *to preserve a person's right to representation as guaranteed by the sixth Amendment to the Constitution*¹²⁴. A primera vista, parece que con ello se han excluido de la punibilidad los negocios monetarios que sirven al propósito de salvaguardar el derecho a la defensa garantizado en la 6.ª Enmienda de la Constitución¹²⁵. Sin embargo, el alcance de esta exclusión de tipo penal depende en definitiva de la real extensión de la garantía de la 6.ª Enmienda. Mientras desde el punto de vista del defensor con ella se protege el derecho a elegir la defensa, de lo que resulta la inconstitucionalidad de la punibilidad de la aceptación de honorarios y la confiscación de todo el capital del patrocinado¹²⁶, el

¹²¹ Cfr. nota 12.

¹²² El antiguo Derecho austriaco contenía también un límite cuantitativo; cfr. ARZT (nota 14), § 29, n.º marginal 33, nota 28.

¹²³ *Public Law* n.º 100-690, §§ 6181- 6187, 102 Statutes, 4354.

¹²⁴ Cfr. *United States Code Annotated* (en adelante U.S.C.A.) § 1957 (f) (1): "But such term [monetary transaction] does not include any transaction necessary to preserve a person's right to representation as guaranteed by the sixth Amendment to the Constitution"; cfr. también ARZT. *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* (en adelante SZR), 1989, 191.

¹²⁵ Según la Sexta Enmienda, el acusado tiene que "have the assistance of counsel for his defense". Más detalles al respecto, SCHMID. *Strafverfahren und Strafrecht in den Vereinigten Staaten*, 2.ª ed., 1993, pp. 123 y ss.

¹²⁶ Cfr. BARNET/FOX. *Trampling on the Sixth Amendment*, etc, en *Ohio Northern University Law Review*, 22 (1995), 1, 21 y ss., con numerosas referencias, especialmente en nota 94, que admite una vulneración de la 6.ª Enmienda (ibíd., 80, 81); cfr. también TONRY. *European Journal of Crime, Criminal Law & Criminal Justice* (en adelante *Eur.J. Cr. Cr.L. & Cr.J.*) 5 (1997), p. 300. Sobre la vulneración mediante el § 1957 en la versión original, cfr. también la

gobierno de Estados Unidos considera este derecho como protegido solamente cuando el patrocinado dispone de capital legal¹²⁷. Más allá de ello, este derecho producirá efectos sólo con el comienzo formal de la *criminal prosecution*, es decir –según la reciente jurisprudencia de la *Supreme Court*–, sólo con la presentación de la acusación¹²⁸. La *Supreme Court* ha confirmado el punto de vista del Gobierno en dos fundamentales sentencias –aunque con una escasa mayoría de 5 a 4–, en la medida en que ha declarado que los amplios preceptos sobre la confiscación del 21 USCA § 853¹²⁹ son compatibles con la Sexta Enmienda¹³⁰.

En el proceso *Caplin & Drysdale*¹³¹ la recurrente en queja –una firma de abogados– quiso conseguir que los honorarios de los abogados fuesen excluidos de la confiscación del capital de su patrocinado; subsidiariamente, solicitó declarar inconstitucional el § 853 por la falta de tal excepción, que violaría la *Due Process Clause* de la 5.ª y la 6.ª enmiendas¹³². El Tribunal

demostración de GAETKE/WELLING. *Money laundering and lawyers*, en *Syracuse Law Review* 43 (1992), p. 1165 (1166, con indicaciones en nota 1); cfr., además, ACKERMANN. *Geldwäsche - Money Laundering*, 1992, pp. 154 y ss.

¹²⁷ BARNET/FOX (nota 126), pp. 27 y ss., con numerosas referencias.

¹²⁸ Ídem.; KARLAN. "Discrete and relational criminal representation: the changing vision of the right to counsel", *Harvard Law Review* 105 (1992), p. 670 (674, con referencias en nota 16); cfr. también GAETKE/WELLING (nota 126), 1171; también ACKERMANN (nota 126), p. 157.

¹²⁹ Sobre su relación con los preceptos introducidos por la *Comprehensive Forfeiture Act* en la lucha contra la criminalidad organizada, cfr. BARNET/FOX (nota 126), pp. 4 y ss. Sobre el Derecho de confiscación estadounidense y sus perversas consecuencias, cfr. TONRY. *Eur. J. Crime Cr. L. Cr. J* 5 (1997), pp. 294 y ss. (pp. 302 y ss.), 304 y ss. Sobre la *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* (RICO), cfr. FEDERLE. *zstw*, 100 (1998), pp. 767 y ss.

¹³⁰ Sobre ésta y la jurisprudencia emanada de ella, instructivo JACOBS. "Indirect Deprivation of the effective assistance of counsel: the prospective prosecution of criminals defense attorneys for "money laundering", *New York Law School Review* 34 (1989), 322 y ss.; BARNET/FOX (nota 126), pp. 30 y ss., con ulteriores referencias; por lo demás, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha sido recibida con muchas críticas, cfr. DETTELBACH. "Forfeiting the right to counsel", etc., *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review* 25 (1990), 201 (201 y ss., 214 y ss.); HARDY. *Sixth Amendment - applicability of right to counsel of choice to forfeiture of attorneys' fees*, en *Journal of Criminal Law and Criminology*, 80 (1990), 1154 (pp. 1158 y ss., 117 y ss.); CASTILLO. *Forfeiture of attorney's fees, etc.*, en *American Journal of Criminal Law*, 17 (1990), 123 (pp. 1262, 130, 131 y ss.); KARLAN (nota 128) 705 y ss.; ceñido, también ACKERMANN (nota 126), pp. 157 y ss.

¹³¹ 109 *Supreme Court* (en adelante S.Ct.) 2646 (1989): Justice White, conc. Justices Rehnquist, O'CONNOR, SCALIA y KENNEDY.

¹³² *Ibid.*, 2648.

denegó ambos recursos de queja por falta de fundamentos. En relación con la criticada vulneración de 6.ª Enmienda, estableció que un acusado no tendría derecho a la 6.ª Enmienda *to spend another person's money for services rendered by an attorney even if those funds are the only way that the defendant will be able to retain the attorney of his choice*¹³³. En esencia, el Tribunal no sólo concedió la preferencia al interés público de confiscar las ganancias frente al derecho a elegir la defensa¹³⁴, sino al mismo tiempo construyó un derecho estatal de dominio fundado en los preceptos penales sobre la confiscación que, bien mirado, va más allá de la confiscación de las ganancias. Pues no otra cosa hay que constatar cuando el Tribunal habla de los *property rights*¹³⁵ correspondientes al Gobierno y del *another person's money*, a pesar de que la mayoría de los hechos previos de lavado de dinero son de los llamados delitos sin víctima¹³⁶.

En la sentencia recaída en la causa "EE. UU. contra Peter Monsanto"¹³⁷, emitida ese mismo día, el Tribunal apoyó su argumentación proclive a la confiscación en el tenor literal, "claro y no ambiguo", del precepto relativo a aquélla¹³⁸. Él no permitiría interpretar la expresión *property* en el sentido de que el precepto no incluye el honorario del abogado¹³⁹, ni admitiría una excepción¹⁴⁰. En consecuencia, aquí no entraría en consideración una interpretación restrictiva¹⁴¹. El legislador se habría guiado por el principio

¹³³ *Ibid.*, 2648, 2652.

¹³⁴ *Ibid.* 2651 y ss. (2654 y ss.).

¹³⁵ *Ibid.*, 2653.

¹³⁶ Cfr., *supra*, nota 62. En vez de lo cual, la Corte Suprema traza un paralelo con los atracadores de bancos; crítico, también, DETTELBACH (nota 130), 217; HARDY (nota 130), pp. 1175 y ss.; CASTILLO (nota 130), 130.

¹³⁷ 109 S.Ct. 2657 (1989).

¹³⁸ *Ibid.*, 2662 y ss., 2662: "The language [...] is plain and unambiguous"; "Congress could not have chosen stronger words to express its intent..."; 2664: "Language is clear and the statute comprehensive".

¹³⁹ *Ibid.*, 2662: "Nothing in this all-inclusive listing even hints at the idea that assets to be used to pay an attorney are not "property" within the statute's meaning".

¹⁴⁰ *Ibid.*, 2262 y 2664: "§ 853 does not exempt assets to be used for attorney's fees from its forfeiture provisions" (también, 2665). En cambio, en la doctrina se sustenta que "Congress decided not to extend explicitly the forfeiture provision to include attorney's fees" (DETTELBACH, nota 130, p. 204).

¹⁴¹ 109 S.Ct. 2664 (1989): "Not a license for the judiciary to rewrite language enacted by the legislature".

crime does not pay, y no por el de *crime does not pay, except for attorney's fees*¹⁴².

La minoría¹⁴³ tiene una opinión diametralmente opuesta. Reprocha a la mayoría, en palabras poco amigables, el "trivializar"¹⁴⁴ la carga que el derecho de confiscación impone al procesado, en vez de oír a los jueces de distrito, que están más familiarizados con la realidad del proceso penal¹⁴⁵. Además de ello, la opinión de la mayoría pasa por alto la función del abogado independiente *as a guardian of our freedom*¹⁴⁶. En el hecho, la minoría considera ambiguo el precepto sobre la confiscación contenido en el § 853, a saber, en lo referente al traspaso del capital a terceros según el inciso (c). De acuerdo con ello, la confiscación quedaría entregada al arbitrio judicial¹⁴⁷. Además, el legislador sólo querría impedir que las ganancias criminales se reinviertan en futuras actividades criminales¹⁴⁸. Por consiguiente, una interpretación constitucional de la norma de la confiscación en el sentido de fundamentar la excepción de los honorarios del abogado defensor no sólo sería posible, sino también necesaria, pues el sistema procesal penal americano se basa en una "exposición realmente par y adversatoria del caso" y en una relación de confianza entre abogado y patrocinado, la que sólo puede existir cuando aquél sea independiente del Gobierno¹⁴⁹. Si el capital del inculcado fuese congelado antes del

¹⁴² *Ibid.*, 2665.

¹⁴³ 109 S.Ct. 2667 (1989): Justice Blackmun, Justices Brennan, Marshall, Stevens.

¹⁴⁴ *Ibid.*, 2667: "Trivializes the burden the forfeiture Law imposes on a criminal defendant". Así también la doctrina prevaliente, por ejemplo, DETTELBACH (nota 130), p. 215: "The Court's decision [...] ignores the burden that the CFA [Comprehensive Forfeiture Act] place, on the institutional level of the criminal justice system as a whole".

¹⁴⁵ 109 S.Ct. 2667 (1989): "Instead it should heed the warning of our District Court judges [...]"

¹⁴⁶ *Ibid.*, 2672.

¹⁴⁷ *Ibid.*, 2668 y ss.

¹⁴⁸ *Ibid.*, 2670: "[...] the act does not seek forfeiture [...] for its own sake to maximize the amount of money the Government collects"; "Congress most systematic goal [...] was to prevent the profits of criminal activity from being poured into [...] such activity [...]"

¹⁴⁹ *Ibid.*, 2674: "[...] Our chosen system of criminal justice is built upon a truly equal and adversarial presentation of the case, and upon the trust that can exist only when counsel is independent of the Government". Respecto del llamado *attorney client privilege* en esta materia, cfr. también KARLAN (nota 128), pp. 703 y ss.; ACKERMANN (nota 126), pp. 151 y ss. (156).

proceso, un abogado no estará dispuesto a asumir la defensa; y hasta que esté dispuesto a ello, la relación gravará al defendido¹⁵⁰. El Gobierno no solamente sería el adversario del patrocinado, sino también el del abogado defensor¹⁵¹. Una *defensa de oficio* sería como regla *inexperta y mal pagada*¹⁵².

A la luz de esta jurisprudencia se cuestiona la interpretación de la excepción típica¹⁵³ incorporada por las *Money Laundering Prosecution Improvement Acts*, como solución extensiva del tipo. No es que aquella pierda sentido, porque la interpretación restrictiva (*posterior*) de la 6ª Enmienda por la *Supreme Court* puede influir en la decisión legal (*anterior*)¹⁵⁴, pero posiblemente debe ser aplicada de una forma menos favorable al abogado. Puesto que, naturalmente, el alcance de una excepción típica apoyada en el derecho constitucional a la defensa, depende de la interpretación de esa garantía constitucional. Ahora bien: si la *Supreme Court* no observa en el muy amplio derecho de confiscación del § 853 infracción alguna a la 6ª Enmienda, entonces cabe preguntarse si se la puede ver en el hacer punible la aceptación de los honorarios por el abogado, en relación con un negocio de pago según el § 1957. Si hay que negar esto, difícilmente se puede fundamentar una excepción a este tipo penal. El paralelo con el derecho de confiscación plantea ciertamente el reparo de que aquí se compara una norma sancionadora de carácter criminal (§ 1957) con una mera norma de derecho penal general relativa a las consecuencias jurídicas (§ 853). Si ésta es considerada como constitucional, el veredicto no vale automáticamente para aquélla. Por lo que concierne al derecho de confiscación, hay que considerar finalmente que los intereses de terceros en el Derecho norteamericano —a semejanza del alemán¹⁵⁵— se toman en cuenta posteriormente, cuando aquéllos han

¹⁵⁰ 109 S.Ct. 2674 y ss. (1989).

¹⁵¹ *Ibid.*, 2675: "An attorney whose fees are potentially subject to forfeiture will be forced to operate in an environment in which the Government is not only the defendant's adversary, but also his own".

¹⁵² *Ibid.*, 2675.

¹⁵³ Cfr. *supra*, nota 124.

¹⁵⁴ Cfr. GAETKE/WELLING (nota 126), 1171, con ulteriores referencias en nota 27, donde defienden además la correcta opinión de que las modificaciones posteriores de la jurisprudencia sobre la 6ª Enmienda no podrían desfigurar la expresa intención legal.

¹⁵⁵ Cfr. *supra*, nota 94.

adquirido el objeto de buena fe (la llamada *bona fide purchaser defense* según el § 853 [c], en concordancia con el [n] [6] B)¹⁵⁶. Sin embargo, no existe una norma de buena fe para el § 1957, que corresponda a la adquisición de paso quitando la mácula de procedencia en el sentido del § 261 vi, y no se la observa tampoco en la solución del dolo allí contenida, sobre la cual volveré inmediatamente.

La cuestión de las repercusiones de la jurisprudencia sobre el § 853 respecto del § 1957 tampoco ha sido –hasta donde podemos ver– resuelta con claridad en la discusión norteamericana¹⁵⁷. Incluso las consecuencias de la jurisprudencia de la *Supreme Court* sobre el derecho de confiscación se juzgan de manera distinta dependiendo de la perspectiva del observador¹⁵⁸. Un proyecto de reforma en el Congreso, que, entre otras previsiones, preveía la prohibición de la confiscación de los honorarios adquiridos de buena fe, nunca se transformó en ley, pese a que una reforma era considerada por todas las opiniones como necesaria¹⁵⁹.

2. La solución del dolo

La solución del dolo se encuentra en los tratados internacionales y en los ordenamientos jurídicos nacionales que exigen expresamente el conocimiento del origen ilegal en *el tipo de la adquisición*, es decir, por un lado, en la Convención de Viena y la Directiva de la Unión Europea, y por otro, en Inglaterra/Gales, Luxemburgo, Austria, Rusia, Turquía y en Estados Unidos¹⁶⁰. En tanto que según ello se puede hablar de una

¹⁵⁶ Cfr. CASTILLO (nota 130), pp. 135 y ss.; GAETKE/WELLING, nota 126, p. 1177, 1186. Sobre la inaplicabilidad al abogado defensor; BARNET/FOX (nota 126), 26, así como nota 99.

¹⁵⁷ En el Tratado de ABRAMS/BEALE. *Federal Criminal Law and its Enforcement*, St. Paul, Minn., 2.ª ed., 1993, p. 402, se plantea la pregunta, pero queda sin respuesta.

¹⁵⁸ Por cierto, la *Supreme Court* ha sido muy criticada (nota 130); sin embargo, los efectos prácticos de su jurisprudencia han sido relativos, a la luz de la escasa aplicación de las posibilidades de confiscación. Entre 1985 y 1989, el Ministerio de Justicia inició sólo cuarenta procesos de confiscación contra abogados defensores (cfr. BARNET/FOX, nota 126, pp. 35 y ss.).

¹⁵⁹ BARNET/FOX (nota 126), pp. 80 y ss.

¹⁶⁰ No obstante, basta con que el autor sepa que el correspondiente valor patrimonial proviene de alguna actividad que constituya un crimen (*a felony*) según el Derecho público, federal o extranjero, aunque ignore el tipo de la actividad o que ésta pueda subordinarse exactamente al catálogo de hechos previos; cfr. 18 U.S.C.A. §1956 c (1): “[...] means that

solución *cognitiva* del dolo, es posible divisar una solución *volitiva* del dolo en aquellos estados que han establecido en consecuencia un tipo penal de intención, es decir, que exigen una conducta dirigida a la meta o el objetivo de ocultación (Bélgica, Grecia, Portugal, España, Turquía y Estados Unidos). Por cierto, el requisito de la intención, por regla general –con excepción de Grecia y Estados Unidos–, se limita al tipo penal de ocultación, de manera que esta solución no protege al abogado penalista ante un tipo penal de adquisición demasiado amplio¹⁶¹.

3. La solución de la justificación

La solución de justificación también es sustentada *de lege ferenda* en la doctrina española¹⁶². A partir de ella se discute si el abogado puede invocar el cumplimiento de un deber (art. 20 [7], 1, CP)¹⁶³ o (sólo) el ejercicio legítimo de un derecho (art. 20 [7], 2, CP).

the person knew the property involved in the transaction proceeds from some form, though not necessarily which form, or activity that constitutes a felony [...] regardless of whether or not such activity is specified in paragraph (7)”; la versión alemana en ARZT. SZR 1989, p. 183; cfr. también GAETKE/WELLING (nota 126), 1169; crítico, STRAFER. “Money laundering: the crime of the 90’s”, *American Criminal Law Review* (en adelante *Am. Cr.L.Rev.*) 27 (1989), 149 (166: “Congress [...] significantly relaxed what the defendant had to know...”), 170, 204; BLANCO CORDERO (nota 56), pp. 351 y ss. Según la opinión dominante basta para ello una *willful blindness*, es decir, un no querer ver, en el sentido de una imprudencia grosera (cfr. JACOBS [nota 130], pp. 303 y ss. [312]; ARANSON/BOUKER/HANNAN. “Money laundering”, *Am.Crim.L.Rev.*, 31 [1994], 721 [729]; ACKERMANN [nota 126], pp. 268 y ss.; BLANCO CORDERO [nota 56], pp. 360 y ss., 382 y ss.). En lo que respecta al derecho de confiscación, las *Guidelines* 1988 del Dept. of Justice exigen un *actual knowledge*, cfr. CASTILLO (nota 130), pp. 132 y ss. (137); GOETKE/WELLING (nota 126), pp. 1172, 1177 y ss.; también ABRAMS/BEALE. *Federal criminal Law and its Enforcement*, St. Paul, Minn., 2.ª ed., 1993, p. 925. Basándose en motivos de la determinación legal, crítico STRAFER (nota 160), pp. 167 y ss., 204.

¹⁶¹ Esto demuestra, *inter alia*, la discusión española sobre los límites de la punibilidad basados en los planos del tipo y de la justificación (cfr. nota 117 y ss., así como en la siguiente letra “c”); crítico sobre la solución subjetiva, también RAGUÉS I VALLES (nota 23), pp. 304 y ss.

¹⁶² VIDALES RODRIGUEZ. *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995*, Valencia, 1997, p. 122; PALMA HERRERA (nota 95), pp. 137 y ss.; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ (nota 23), p. 260.

¹⁶³ Así, VIDALES RODRIGUEZ (nota 162), p. 122; crítico entre tanto PALMA HERRERA (nota 95), p. 538.

PALMA HERRERA¹⁶⁴ fundamentó la segunda solución en la libertad de contratación, en razón de que el argumento del cumplimiento del deber sólo podría operar para la defensa de oficio. La legitimidad del ejercicio profesional resultaría de las normas civiles y administrativas que prohíben, entre otros, un ejercicio profesional abusivo y antisocial. El ejercicio profesional no podría ser factible sino a través de la realización del tipo penal; por ello, en primer lugar, el abogado debería aceptar honorarios "limpios". En el aspecto subjetivo, el abogado debería actuar con conocimiento de la situación de justificación, es decir del ejercicio de un derecho legítimo. Si esto ocurre, sus objetivos secundarios y el conocimiento (!) del origen antijurídico de los honorarios, resultarían inocuos. En este caso la tipicidad no sería indicio de la antijuridicidad, de manera que tampoco existiría el interés de una investigación penal. Sin embargo, si el abogado actuara en el marco de una operación de lavado de dinero con el fin primario de ocultación, la justificación estaría excluida. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ¹⁶⁵ argumenta en lo substancial como PALMA HERRERA, pero procura aplicar expresamente la solución de la justificación también, cuando el abogado tiene conocimiento del origen ilegal del capital. Por cierto, los honorarios tienen que poder ser confiscados, porque el abogado habría obrado de mala fe.

La solución de la justificación no sólo se discute en la doctrina extranjera, sino encuentra también un fundamento *legal* en el Derecho inglés, en la forma del reconocimiento de determinadas *defences* (Causas de exclusión de responsabilidad o puinibilidad)¹⁶⁶. En primer lugar, el *section 93 A (4) Criminal Justice Act (CJA) 1988* contiene una solución del dolo encubierta, y con ello, sin embargo, la falta de conocimiento del origen ilegal se vuelve una *defence*. El *section 93 B (2) CJA* y *section 329 (2) (c) del nuevo Proceeds of Crime Act 2002 ("PCA")*¹⁶⁷ agudamente prevén una *defence* cuando el

¹⁶⁴ PALMA HERRERA (nota 95), pp. 537 y ss.

¹⁶⁵ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ (nota 23), pp. 260 y ss.; RAGUÉS I VALLÉS (nota 23), pp. 308 y ss.

¹⁶⁶ Acerca de la primera persecución penal contra abogados ingleses a raíz de lavado activo de dinero, cfr. *International Enforcement Law Reporter*, 17 (2001), pp. 223 y ss. En general, apenas si hay persecuciones por lavado de dinero (cfr. *Proceeds of Crime Bill, publication of draft clauses*, 5.3.2001, para 8.3 [www.official-documents.co.uk/document/cm50/5066/5066-00.htm]).

¹⁶⁷ Entrado en vigencia el 24 de julio de 2002 [www.hms.o.gov.uk/acts/acts2002/20020029.htm].

acusado ha recibido capital maculado (*property*) como "contraprestación adecuada" (*adequate consideration*)¹⁶⁸. La contraprestación es inadecuada (*inadequate*) cuando su valor es significativamente menor (*significantly less*) que el del capital recibido (93 B [3] CJA; 329 (3)(a), (b) PCA). El amparar delitos a través de la prestación de servicios o entrega de mercancías no debe ser tratado como "contraprestación" (93b [4] CJA; 329 (3)(c) PCA). La concreción del concepto de "contraprestación adecuada" está entregada a los tribunales. Esto depende decisivamente de la *distribución de la carga de la prueba*: según las reglas generales, el inculpado debe probar la existencia de la *defence*¹⁶⁹; en lo referente al tipo penal de adquisición, el abogado defensor debe, pues, en todo caso demostrar que ha recibido los honorarios como contraprestación por el servicio de abogado. Esto se fundamentó al más alto nivel judicial con la consideración del todo práctica que establece que sólo el inculpado podría saber de los pormenores de la ocurrencia del pago¹⁷⁰.

Por otra parte, el legislador británico también ha tomado en cuenta los intereses de la abogacía a propósito del dar informaciones que obstaculizan la investigación (*Tipping-off*). Es decir, según este tipo penal, un abogado no es sancionable cuando revela al mandante las informaciones allí nombradas en el marco de un asesoramiento jurídico o un proceso judicial (*sect. 93D [4] CJA*, 52 [8] DTA; también *sect. 333 PCA*); esto no rige, por cierto, cuando el abogado pretende favorecer un objetivo criminal (*sect. 93D [5] CJA*, 52 [9] DTA)¹⁷¹.

En síntesis, las soluciones sustentadas en el Derecho extranjero también toman en cuenta que el instituto de libre elección de la defensa debe ser respetado y, por lo tanto, para salvaguardar la *igualdad procesal de armas*, debe ser puesto a salvo de un tipo penal de lavado de dinero

¹⁶⁸ Cfr. también VOGEL. *zstw*, 109 (1997), 346, 356; KRESS. *Wistra*, 1998, p. 126.

¹⁶⁹ Sobre la distribución de la carga de la prueba en el proceso penal angloamericano, cfr. SCHMID (nota 125), pp. 70, 153, 216.

¹⁷⁰ *Court of Appeal (Criminal Division)*, R v. GIBSON (23.2.2000), *Criminal Law Review*, 2000, 479.

¹⁷¹ *Sect. 93 A (3) (b)*, *93 B (5) (b) CJA*. Aquí, en determinados presupuestos, se premia con la liberación de pena la información (*disclosure*) de la conducta típica a propósito de los tipos de facilitación del control y de la adquisición, etc. Además, la tentativa de información es tratada como *defence* (*sect. 93 B [7] CJA*).

que es demasiado amplio y carente de perfiles claros. También aquí se muestra que las ideas básicas de la solución del tipo sirven para fundamentar una solución que, sistemáticamente, hay que atribuir al terreno de la justificación, y cuya superioridad será fundamentada y concretada a continuación.

III. LA SUPERIORIDAD DOGMÁTICA Y POLÍTICO-CRIMINAL DE LA SOLUCIÓN DE LA JUSTIFICACIÓN

La solución del tipo va más allá que la solución de la justificación, porque declara carente de tipo una conducta contrariamente al claro tenor literal del precepto y a la intención del legislador. De ahí que precise dar una fundamentación *mejor* que la solución de la justificación, mas no la proporciona. Una exclusión del injusto, en los casos que aquí interesan, sólo puede ser fundamentada con el *derecho contrapuesto* del inculpado a la libre elección de la defensa, emanación del principio del *fair-trial*, y con la presunción de inocencia o de buena fe. Pero esta facultad representa un derecho contrapuesto al § 261, II, n.º 1, sólo excepcionalmente, a saber, sólo en los casos de un pago *adecuado*¹⁷² (*adequate consideration*) al abogado designado por la parte. No rige en otros casos, asaz numerosos, que caen dentro del tipo penal de procurarse, ora se trate de la aceptación de honorarios fuera de una defensa penal, o de cualesquiera otros casos de adquisición de un bien de origen ilícito. De lo que se sigue que la exclusión del injusto es la excepción, no la regla: la regla es la prohibición penalmente respaldada; la excepción es la justificación merced a un permiso. Esta *relación de regla y excepción* habla, desde el punto de vista dogmático, muy decididamente a favor de la solución de la justificación¹⁷³.

Por cierto, aquí también queda en evidencia que el fundamental reconocimiento de un tipo de injusto total (*Gesamtunrechtstatbestand*) no implica nivelar valoraciones distintas en los planos del tipo y de la antijuridicidad, sino que las razones dogmáticas y, sobre todo, también político-criminales hablan a favor de una diferenciación en el terreno del injusto¹⁷⁴. Por ende, no da lo mismo colocar argumentos objetiva-

¹⁷² HAMM. *NJW*, 2000, pp. 636 y ss.

¹⁷³ Así, también, LÜDERSSEN. *FS Waltos* (2000), p. 333.

mente iguales, o cuando menos similares, en el plano de la antijuridicidad en vez de aquel de la tipicidad¹⁷⁵, máxime si el legislador se ha expresado ciertamente en contra una de solución del tipo, mas no en contra de una solución de la justificación.

La solución de la justificación conduce también a menos fricciones en cuanto a la *punibilidad* del abogado penalista *en general*. Si el abogado defensor recibe como honorario la "cosa" que se obtuvo de un delito patrimonial en el sentido del § 259¹⁷⁶, especialmente dinero en efectivo, es, en principio, punible por receptación. Si en tal caso el hecho previo fuese, por ejemplo, un robo (§ 249), se cumple al mismo tiempo el tipo objetivo del § 261, I, n.º 1¹⁷⁷. La solución del tipo penal conduciría en este supuesto a una contradicción valorativa, porque hubiera que negar el tipo objetivo del lavado de dinero, pero afirmar el de la receptación¹⁷⁸. Según la solución de justificación se acepta siempre la equivalencia típica del comportamiento, y sólo en el plano de la justificación se contrarresta la especial extensión del tipo de lavado de dinero.

LÜDERSSEN¹⁷⁹ ha observado en el ámbito del *error* una ulterior diferencia dogmática entre la solución del tipo y la solución de la justificación. La generalizada constatación de que un error sobre la solución del tipo debiera ser tratada según el § 16 (error de tipo, *Tatbestandsirrtum*), y uno sobre la solución de la justificación, como regla, según el § 17 (error de prohibición, *Verbotsirrtum*), es por cierto exacta en su generalidad, pero resulta difícil imaginar casos concretos, mientras que los supuestos correctos de una y otra solución no han sido desarrollados ni se han sancionado legalmente. En la actual situación jurídica, el único error prácticamente imaginable consiste en que el abogado defensor acepte los honorarios bajo la errada representación de que éstos serían "limpios". Para la solución del tipo esta representación falsa sería irrelevante, pues,

¹⁷⁴ Cfr., fundamentalmente, ROXIN. *Strafrecht*, AT I (1997), § 10, n.º marginales 12 y 16 y ss.

¹⁷⁵ Otra opinión en WOHLERS. *StV*, 2001, pp. 424 y ss.; similar, HEFENDEHL (nota 21), p. 157.

¹⁷⁶ Cfr. LACKNER/KÜHL (nota 23), § 259, n.º marginal 5.

¹⁷⁷ Por cierto, en concurso ideal, cfr. también MAIWALD (nota 14), p. 635; STREE (nota 14), n.º marginal 28.

¹⁷⁸ Sobre la receptación, cfr. también LÜDERSSEN, en *FS Waltos* (2000), p. 331. Ella se diferencia del § 261 en que los actos previstos como previos sólo son delitos patrimoniales, la receptación substitutiva es impune y no basta la imprudencia en el sentido del § 261, V.

¹⁷⁹ LÜDERSSEN. *StV*, 2000, p. 206, nota 9, y 207 en contra de HAMM. *NJW*, 2000, 637.

según ella, ya la aceptación de los honorarios maculados quedaría impune. Según la solución de justificación, llegado el caso, entraría en cuenta una realización imprudente del tipo (261 v), pero la aceptación de los honorarios estaría justificada. En ambos casos, pues, vendría a faltar el injusto punible. Un error sobre la punibilidad de la conducta, es decir sobre su prohibición, no sería un error según ambas soluciones, puesto que el comportamiento no representa en realidad ningún injusto punible. Viceversa, si el abogado defensor partiese de la base de la punibilidad de su obrar, cometería un delito imaginario.

Finalmente, la solución de justificación merece la preferencia desde el punto de vista político-criminal. Pues sólo ella es capaz de reconciliar o por lo menos acercar las posiciones de los promotores (policiales y de la fiscalía) de una punibilidad sin excepciones, con las de los críticos de la punibilidad (abogados). Es decir, así como para los partidarios de la criminalización la exclusión de la adecuación típica no puede entrar en discusión, tanto menos aceptable es para sus adversarios un reproche penal del injusto. La solución de la justificación, por un lado, hace justicia a la opinión de aquéllos, en tanto que deja intacta la tipicidad; pero, por otro, viene al encuentro de éstos, en tanto que, bajo determinados presupuestos, declara permitida la conducta típica, y evita así cubrir todo un ramo profesional con el riesgo de una persecución penal.

Siguiendo con la solución de la justificación, queda ciertamente por aclarar si el conocimiento del abogado defensor sobre el origen ilegal de los honorarios excluye la justificación¹⁸⁰. Esto depende de cómo se funde dogmáticamente la solución de la justificación. Yo distinguiría entre un punto de vista objetivo y otro subjetivo. Quien se basa únicamente en la protección del instituto de la elección de la defensa ante cualquier menoscabo, y concede siempre a este derecho la preferencia ante el interés de perseguir penalmente al abogado, elabora una causa *objetiva* de justificación fundada en la idea general del interés preponderante¹⁸¹. Este punto de vista tiene sin duda la ventaja de que se dejar integrar sin

¹⁸⁰ Así, HAMM. NJW, 2000, 637 y ss.; coincidente, KÖRNER (nota 13), n.º marginal 1892; en contra, LÜDERSSEN. StV, 2000, p. 207; MÜTHER. Jura, 2001, 322.

¹⁸¹ LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, nota 14, comentarios previos a los §§ 32 y ss., n.º marginal 7, con ulteriores referencias.

violencia en la dogmática general sobre la justificación: la situación de justificación radica en el peligro para el derecho a la elección de defensa generado por la posible persecución penal del abogado defensor; la acción justificada consiste en el ejercicio de este derecho contra un honorario adecuado y, por cierto, *subjetivamente*, con conciencia de la situación justificante.¹⁸² Un conocimiento del origen ilegal de los honorarios y con ello de la posible punibilidad según el § 261, II, n.º 1, es, de acuerdo con este modo de ver, tan inocuo como el conocimiento del que actúa en legítima defensa de que con su acción de defensa comete un hecho penal típico (por ejemplo, una lesión corporal). El ordenamiento jurídico le permite precisamente realizar ese hecho. Sin embargo, semejante solución objetiva de la justificación se ve enfrentada a objeciones considerables. Ante todo, se basa en la premisa de la preponderancia del derecho a la elección de defensa frente al interés de perseguir penalmente por lavado de dinero al abogado defensor. Que esta decisión sobre estimaciones contrapuestas no es tan clara, lo muestran ya el arduo debate de nuestro tema, la opuesta resolución del legislador¹⁸³ y también del Tribunal Supremo Federal. Aún más importantes son estas preguntas: ¿puede un sistema jurídico en que el abogado es también un órgano de la Administración de Justicia (§ 1 del Estatuto federal de la abogacía, Bundesrechtsanwaltsordnung, BRAO),¹⁸⁴ tolerar la consciente aceptación de honorarios maculados? ¿Puede el propio estamento profesional de los abogados tener interés en una justificación tan amplia, con la que, no obstante, se castiga a los abogados concienzudos y premia a los sin escrúpulos?¹⁸⁵

Estas objeciones –propuestas, por lo demás, por los propios abogados¹⁸⁶– debieran llevar a una *subjetivización* de la solución de la justificación. Esta última se basa en la idea que el abogado defensor está convencido de la inocencia y credibilidad de su patrocinado, o cuando

¹⁸² LENCKNER (nota 181), comentarios previos a los §§ 32 y ss., n.º marginal 14.

¹⁸³ Alude a ello con razón también KARGL. NJ, 2001, 63.

¹⁸⁴ Sobre la teoría del órgano y los intereses de parte, BEULKE (nota 98), pp. 11 y ss.; ROXIN, en FS Hanack (1999), pp. 1 (8 y ss.). Sobre la teoría del órgano en el sentido de la garantía de los derechos procesales del inculgado, WIDMAIER, en FS BGH IV (2000), pp. 1044 y ss.

¹⁸⁵ Similar TRÖNDLE/FISCHER (nota 89), n.º marginal 33.

¹⁸⁶ Cfr. KEMPF (nota 99): solución del dolo; HAMM. NJW, 2000, pp. 637 y ss.

menos tiene que estarlo –por causa de las presunciones de inocencia y credibilidad–¹⁸⁷. La fuerza de este convencimiento depende de aquello que el abogado defensor podía *razonablemente* advertir al momento de la aceptación de los honorarios –aquí se exige una apreciación *ex ante*¹⁸⁸–. Si éste no advierte el origen ilegal de los honorarios, este desconocimiento tiene que protegerlo de la punibilidad también para el caso de un conocimiento *posterior* (§ 261, II, n.º 2)¹⁸⁸.

Esto es una consecuencia de la subjetivización de la justificación y resulta de una analogía con el § 261, II, n.º 2 –según el cual se trata del conocimiento al momento de la adquisición¹⁹⁰–, así como de la posibilidad de una adquisición monetaria de buena fe según los §§ 932 y 935, II, del Código Civil¹⁹¹. Además, hay que pensar que la consideración de un conocimiento posterior tendría como efecto que el honorario quedaría en cierta medida condicionado (a perderse) por la posible condena del patrocinado. Puesto que si el patrocinado fuese condenado por un hecho previo en el sentido del § 261, I, entonces el abogado defensor habría sido remunerado antijurídicamente, a no ser que el patrocinado tuviese aún una parte “limpia” de capital que exceda la pretensión de honorarios (como sostiene la –discutida– solución de la suma de valores¹⁹²). Los honorarios, en consecuencia, pudieran ser confiscados (§§ 261, VII, I, 74).

Pero si el abogado defensor advierte el origen ilegal del capital, la *presunción* de inocencia o de credibilidad del patrocinado queda refutada *frente a él*. El fundamento de la justificación desaparece; hablando en sentido figurado, tiembla el piso en que se apoya. En tal caso, seguir

¹⁸⁷ Cfr. BGHSt. 38, 345 (348): Si el defensor no considera excluida la verdad de las afirmaciones aun dudosas de su mandante, “su mandato le obliga a informarlas al tribunal, aun cuando considere probable su inexactitud”. Cfr. también Chr. RICHTER, en *Symposium E. Müller* (nota 39), p. 35, con remisión a A. ARNDT. Demasiado indiferenciado al respecto Tribunal Supremo Federal, JZ, 2002, pp. 102, 104.

¹⁸⁸ Cfr. también WÖHLERS. StV, 2001, p. 422. Sobre la doctrina general, LECKNER (nota 181), comentarios previos a los §§ 32 y ss., n.º marginal 9 y ss., con ulteriores referencias.

¹⁸⁸ Cfr. HAMM. NJW, 2000, p. 638.

¹⁹⁰ Cfr. STREE (nota 14), n.º marginal 13.

¹⁹¹ Agradezco esta indicación al colega Prof. Dr. LEHMANN, quien me la formuló durante el coloquio de habilitación del semestre de verano de 2001 en la Universidad de Munich, en el cual el autor pronunció esta conferencia.

¹⁹² Cfr. nota 18 y ss. y texto.

perseverando en la justificación y empeñarse, pues, en la *presunción* de inocencia o de credibilidad, haría que el carácter de ésta se desdibujase como *presunción refutable*.

Queda por aclarar qué *exigencias* hay que establecer al conocimiento del abogado defensor. ¿Supone éste un saber seguro con base en una comunicación del patrocinado, o basta con que el origen antijurídico del capital sea reconocible por las circunstancias? El Tribunal Regional de Francfort afirmó lo último, y expresamente ha considerado¹⁹³ como superflua una declaración de confesión. El fundamento de la casación objetó a ello que los “indicios” invocados por el Tribunal Regional sólo hablan a favor de un tipo subjetivo en el campo limítrofe entre la imprudencia y el dolo eventual”. El dolo directo en el sentido de un conocimiento seguro entraría en consideración sólo si el abogado defensor “sabe por boca o la pluma del patrocinado” que se trata de un dinero maculado¹⁹⁴. El Tribunal Supremo Federal ha seguido en los hechos lo establecido por el Tribunal Regional¹⁹⁵.

Para llegar a una solución convincente se tiene que diferenciar entre las exigencias *jurídico-materiales* planteadas al conocimiento del abogado defensor, y la demostración *procesal* de dichas exigencias. Desde el punto de vista jurídico-material, es claro que la representación como *probable* del origen ilegal de los honorarios no constituye un conocimiento *seguro*. Éste requiere “que el autor reconozca y prevea la realización del tipo penal como consecuencia *segura* de su acción”¹⁹⁶, mientras que la representación como probable, en el sentido de ignorancia digna de reproche, más bien pudiera ser atribuida a la temeridad o, a lo sumo, al *dolus eventualis*¹⁹⁷. Si, en este caso, se aceptara el conocimiento seguro, entonces se exigiría al abogado defensor apreciar determinados indicios de lo alegado por la fiscalía como carga contra su patrocinado, e invertir en su perjuicio la *presunción* de inocencia y de credibilidad, que en ellos

¹⁹³ Tribunal Regional de Francfort (nota 1), p. 46: “la Sala [...] no sigue el criterio de que sólo una declaración de confesión del patrocinado al defensor respecto del origen de los honorarios, puede transformar la creencia de éste en mala fe”.

¹⁹⁴ HAMM/KEMPF (nota 107), pp. 3, 13; cfr., también, pp. 15, 17 y ss.

¹⁹⁵ Tribunal Supremo Federal, JZ, 2002, p. 102.

¹⁹⁶ Tribunal Supremo Federal, NJW, 2002, p. 2433 (2436).

¹⁹⁷ Sobre la definición, cfr. *supra* nota 4 y texto.

se basa. Y es que entonces el abogado defensor debería partir de la base de la culpabilidad e inverosimilitud de su representado, en vez de su inocencia y credibilidad. Como sea, se puede considerar como refutada la presunción de inocencia, sólo bajo la forma de una presunción debilitada de credibilidad, en el caso de un *saber seguro* sobre la culpabilidad del patrocinado.

Ahora bien, ¿cómo adquiere el abogado defensor ese conocimiento seguro, o cómo puede ser demostrado *procesalmente*? Pudiera quedar fuera de discusión que el abogado defensor tiene conocimiento en el caso de una declaración de confesión del patrocinado. Entonces puede serle *razonablemente* exigido que se dirija contra su patrocinado y renuncie al patrocinio. Que, además, el abogado defensor pueda poseer un conocimiento fundado en determinadas circunstancias, que para juzgar el estado de su conocimiento se tenga que, por decirlo así, sacar aquello que ocurre dentro de su cabeza cara a cara con su patrocinado, y que se deba poder deducir estos *sucesos* internos de las circunstancias *exteriores*, son preguntas del caso concreto, sometidas a las normas generales de apreciación de la prueba. Entretanto, apenas se podrá objetar que el abogado defensor puede también obtener el conocimiento sobre la base de determinadas circunstancias fácticas objetivas y, en consecuencia, no sólo "de boca o la pluma del patrocinado"¹⁹⁸. Y de tales circunstancias objetivas (indicios) puede derivarse también una prueba sobre el lado interno del hecho¹⁹⁹.

Otra pregunta, distinta, es a qué objeto tiene que referirse exactamente el conocimiento²⁰⁰. Si se "subjetiviza" el § 261, v, el abogado defensor tiene que advertir que los honorarios derivan de uno de los hechos antijurídicos anteriores. Con todo, iría demasiado lejos si se quisiera exigir que él tiene que conocer con exactitud la ocurrencia de todos los elementos típicos del correspondiente hecho previo²⁰¹. Esto haría

¹⁹⁸ Agradezco esta observación a las contribuciones de los colegas Profs. Drs. ROXIN y SCHÖNEMANN a la discusión habida durante el coloquio de habilitación nombrado en nota 191.

¹⁹⁹ Cfr. VOLK, en FS BGH IV (2000), p. 739 (741, 744); para el problema de la normativización, 749 y ss.

²⁰⁰ El colega Prof. Dr. SIEBER, en el coloquio de habilitación referido en nota 191, ha llamado mi atención sobre este problema.

²⁰¹ Así también HAMM/KEMPF (nota 107), p. 19.

prácticamente imposible una prueba de su conocimiento. Por eso ha de ser suficiente que el abogado defensor tenga un conocimiento *en general* de lo maculado de los honorarios, en especial, por la declaración del patrocinado²⁰².

Si bien la solución de la *subjetivización* de la justificación procede de un modo convincente con la mala fe del abogado defensor, difícil se presenta su integración en el sistema de las causas de justificación. En efecto, con ello se construye una causa *sui generis* de justificación *dependiente del dolo*²⁰³, y la solución de la justificación se aproxima a la solución del dolo²⁰⁴. Con ello queda expuesta a la misma incertidumbre con respecto a la investigación que afecta a aquella²⁰⁵. En ambos casos es suficiente que los órganos de la investigación deduzcan de la objetiva sospecha fáctica relativa al patrocinado, el conocimiento del defensor respecto del origen antijurídico del honorario. De todos modos, puede ser de consuelo que una interpretación consecuente de los requisitos del conocimiento llevará en muchos casos a una pragmática solución procesal, que detendrá a los órganos de la investigación incluso desde el comienzo de las indagaciones. A la luz de los argumentos expuestos y especialmente por la correcta idea central de la solución del dolo –el aislamiento del defensor *de mala fe*–, hay que aceptar la restante incertidumbre con respecto a la investigación.

IV. RESUMEN Y CONCLUSIÓN

La punibilidad como lavado de dinero de la aceptación por el abogado defensor de honorarios maculados entra en consideración dondequiera que existe –basado en el Derecho internacional– un amplio tipo penal de adquisición, carente de restricciones objetivas o subjetivas. El *riesgo*

²⁰² Semejante, SALDITT (nota 4), p. 128, cuando alude a que en lo que toca al dolo relativo a los hechos previos, resultan irrelevantes los pormenores concretos y su clasificación jurídica.

²⁰³ Cfr. VOLK, *Betriebsberater*, 1987, p. 139 (144), respecto de los riesgos de punibilidad de los abogados defensores en la asesoría jurídica y la configuración de los contratos, en razón de un apartamiento del derecho profesional; en todo caso, se pronuncia a favor de una solución basada en la teoría de la imputación objetiva (pp. 144 y ss.).

²⁰⁴ Crítico, LÜDERSSEN, *StV*, 2000, p. 207.

²⁰⁵ Cfr. *supra*, III. 1. b).

asociado a ello de una persecución penal del abogado defensor es contemplado, también en el Derecho comparado, como un sensible menoscabo del derecho a la elección de defensa y de la relación de confianza entre abogado defensor y patrocinado.

En esta situación jurídica, la colisión entre el legítimo interés de la lucha contra el lavado de dinero (como un elemento de la lucha contra la criminalidad organizada^{205a}) y el derecho del inculcado a una efectiva elección de defensa, puede ser equilibrada sólo a través de una *solución subjetivizada de la justificación*. Frente a la solución (objetiva) del tipo, esta solución tiene la ventaja de dejar intacto el tipo penal de la adquisición y, con ello, viene al encuentro de los partidarios de la criminalización, siquiera al mismo tiempo sosiega además a los adversarios de ésta a través de la retirada del reproche del injusto. Ella se corresponde con la *solución del dolo*, en la medida en que condiciona la justificación del abogado defensor a su *buena fe* en el momento de la aceptación de los honorarios. Ciertamente es que una solución puramente *objetiva* de la justificación, si bien sería admisible desde el Derecho internacional²⁰⁶, no se la puede fundar convincentemente *de lege lata*, porque implica una preponderancia del derecho a la elección de defensa frente a la punibilidad del abogado defensor y, con ello, contradice la valoración legislativa. Resta por hacer constar, *de lege ferenda*, que una cabal protección del instituto de la elección de defensa sólo puede ser garantizada a través de una solución *objetiva* —sea en el plano del tipo penal o en el de la antijuridicidad—²⁰⁷. Pues sólo ésta toma el § 261, II, n.º 1, al inicio de toda investigación y con ello establece una *inmunidad de investigación* para el abogado elegido, siquiera, por cierto, al precio de soportar la impunidad de los abogados de mala fe.

^{205a} Concepto que, sin embargo, tampoco es definido convincentemente por la política criminal oficial. Cfr. AMBOS, *Tribunales de Justicia* (España) n.º 3 (marzo de 2002), 15-28 = *Derecho penal Contemporáneo* (Legis, Colombia) n.º 1 (octubre-diciembre de 2002), 149-178 = *Ciencias Penales* (Costa Rica) n.º 20 (octubre de 2002), 21-35.

²⁰⁶ Lo muestra, por un lado, la situación jurídica angloamericana; por otro, está la ratificación de los tratados internacionales bajo la reserva de los "principios constitucionales" de cada país y las "bases del ordenamiento jurídico" (art. 3.º (1) (c) de la Convención de Viena; art. 6.º (1) ante (c) de la Convención del Consejo de Europa [nota 51 y ss.]); cfr., además, MÜLLER, *Jura*, 2001, p. 325.

²⁰⁷ Para una solución del dolo, cfr., además, OTTO, *JZ*, 2001, p. 441.

ANEXO

§ 261 BLANQUEO DE DINERO. OCULTACIÓN FRAUDULENTA DE VALORES PATRIMONIALES ILÍCITOS*

I. Quien esconda, oculte el origen de un objeto que proceda de uno de los hechos ilícitos nombrados en el segundo párrafo, o frustre o ponga en peligro la averiguación del origen, el hallazgo, incautación, confiscación o custodia del objeto mencionado, será castigado con pena de privación de libertad de tres meses a cinco años. Hechos ilegales en el sentido de la primera frase serán

1. Delitos,

2. Faltas según el

a. § 332, apartado I, también en relación con el apartado III, y según el § 334.

b. § 29, apartado I, primera frase, número 1, de la Ley de medios estupefacientes, o según el § 29, apartado I, número I, de la Ley de control de materia prima,

3. Faltas según el § 373 y cuando el autor actúe de forma profesional, según el § 374 del código impositivo, cada vez en relación con el § 12, apartado I, de la Ley de ejecución de las Organizaciones Comunes del Mercado.

4. Faltas

a. Según los §§ 180b, 181^a, 242, 246, 253, 259, 263 a 264, 266, 267, 269, 284, 326, apartados I, II y IV así como el § 328, apartados I, II y IV,

b) Según el § 92a de la Ley de extranjeros (a partir del 1.º de enero de 2003: § 96 de la Ley de residencia) y según el § 84 de la Ley de asilo, que hayan sido cometidas en modo profesional o por un miembro de una

* Traducción de EMILIO EIRANOVA ENCINAS / JUAN ORTIZ DE NORIEGA / CRISTINA LARIOS SÁNCHEZ / JUAN CARLOS PEG ROS / ANA MONREAL DÍAZ, *Código penal alemán-stgb - Código procesal penal alemán-stpo*, Madrid, 2000, pp. 145 y ss. Actualización del autor.

banda, que se haya constituido para la comisión continuada de tales hechos y

5. Faltas según los §§ 129 y 129a, apartado III, cada vez también en relación con el § 129b, apartado I, así como faltas cometidas por un miembro de una asociación criminal o terrorista (§§ 129, 129a, cada vez también en relación con el § 129b, apartado I).

El primer párrafo se aplicará en los casos de defraudación fiscal cometidos profesionalmente o en banda, según el § 370a de la Ordenanza impositiva, respecto de los gastos ahorrados por la defraudación fiscal y las compensaciones y devoluciones de impuesto obtenidas indebidamente, así como en los casos del segundo párrafo, número 3, también para un objeto respecto del cual se haya defraudado impuestos.

II. Igualmente será castigado el que

1. Se procure o procure a un tercero un objeto señalado en el apartado I.
2. Guarde o utilice para sí o para un tercero un objeto señalado en el apartado I, cuando conociese el origen del objeto en el momento en el que lo obtuvo.

III. La tentativa será punible.

IV. En casos especialmente graves la pena será de privación de libertad de seis meses a diez años. Un caso especialmente grave se presentará, de acuerdo a Derecho, cuando el autor actúe de forma profesional o como miembro de una banda que se haya constituido para la comisión continuada de blanqueo de dinero.

V. Quien en los casos de los apartados I o II no reconozca por imprudencia temeraria que el objeto procede de uno de los hechos ilícitos nombrados en el apartado I, será castigado con pena de privación de libertad de hasta dos años o con multa.

VI. El hecho no será punible de acuerdo al apartado II cuando un tercero haya obtenido el objeto previamente sin cometer por ello un delito.

VII. Los objetos a los que se refiera el delito podrán ser confiscados. El § 74a deberá aplicarse. Los §§ 43a, 73d deberán aplicarse cuando el autor actúe como miembro de una banda que se haya constituido para la

comisión continuada de blanqueo de dinero. El § 73d debe también aplicarse cuando el autor actúe de forma profesional.

VIII. Los objetos señalados en los apartados I, II y V se equiparán a los que procedan de un hecho del tipo señalado en el apartado I cometido en el extranjero cuando el hecho sea también castigado con pena en el lugar de comisión.

No será castigado según los apartados I a V quien

1. Denuncie voluntariamente el hecho ante la autoridad competente o presente voluntariamente la denuncia mencionada, cuando el hecho no hubiese sido ya descubierto total o parcialmente en ese momento y el autor supiese esto o por la apreciación razonable de las circunstancias debiese contar con ello, y

2. En los casos de los apartados I o II, bajo los presupuestos mencionados en el número 1, ocasione la incautación del objeto al que se refiera el delito.

Además, no será castigado según los apartados I a V quien es punible en razón de haber participado en el hecho previo.

X. El tribunal podrá moderar la pena en los casos de los apartados I a V según su justo parecer (§ 49, apartado II) o prescindir de pena según estos preceptos, cuando el autor haya contribuido esencialmente, por la revelación voluntaria de lo que conozca, a que pudiese ser descubierto el hecho o un hecho ilícito de otro mencionado en el apartado I.