

## Blanqueo de capitales y honorarios del defensor en el Derecho alemán

Marcos Contreras Enos

Universidad Adolfo Ibáñez

### **Abstract\***

*El artículo tiene como objeto la cuestión de la punibilidad a título del blanqueo de capitales –específicamente a tenor del tipo de contacto o aislamiento– de los abogados defensores por ser remunerados con dinero (u otros bienes) proveniente del delito que se le imputa a sus clientes. Dicha problemática se analiza a la luz del derecho en cuyo ámbito se ha suscitado la discusión más rica al respecto: el derecho alemán. Para ello, primeramente, se esbozan los rasgos fundamentales del tipo de obtención y de la institución de la defensa (electiva). A continuación se describe cómo la situación legal vigente en Alemania conduce a una colisión de intereses entre la necesidad de una lucha penal contra el blanqueo y el derecho del imputado a una defensa electiva efectiva. Es por eso que a continuación se presentan y ponderan las propuestas de solución, tanto la actualmente vigente del BVerfG así como las soluciones alternativas. Tras ello se expone una postura personal para lo cual se defiende la necesidad de una reducción teleológica y se discute el bien jurídico protegido por el § 261 II StGB. A continuación, se caracteriza al tipo de aislamiento como un delito de peligro abstracto contra la Administración de Justicia, especificidad que resulta decisiva para proponer una nueva fundamentación para una restricción teleológica del tipo objetivo.*

*Der vorliegende Aufsatz hat die Frage zum Gegenstand, ob der Strafoerteidiger strafbar nach § 261 II StGB machen kann, indem er vermutlich makelbehaftetes Verteidigerhonorar erhält. Zunächst werden die Grundzüge des Tatbestandes des „Sich-Verschaffens“ und der Institution der (Wahl-)Verteidigung dargestellt. Danach wird es skizziert, wie die in Deutschland geltende Rechtslage zu einer zu lösenden Interessenkollision zwischen dem Bedürfnis der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche und dem Recht des Beschuldigten auf eine effektive (Wahl-) Verteidigung führt. Anschließend werden die Lösungsvorschläge – sowohl die rechtskräftige Lösung des BVerfG als auch die alternativen Ansätze – dargestellt und bewertet. Schließlich wird die eigene Stellungnahme entwickelt, nach der eine teleologische Reduktion des objektiven Tatbestandes erforderlich wird. Um diesen Ansatz entwickeln zu dürfen, wird das Bedürfnis einer teleologischen Auslegung vertreten und das Problem des Rechtsguts bei dem § 261 II StGB erörtert. Danach wird in Übereinstimmung mit der h.M. den Isolierungstatbestand für als ein abstraktes Gefährungsdelikt gegen die Rechtspflege charakterisiert. Diese Besonderheit erweist sich die neue Begründung einer teleologischen Einschränkung des objektiven Tatbestandes als entscheidend.*

*The subject of this paper is the question of (specifically in the light of the contact and isolation versions) whether the defense attorneys commit the crime of money laundering when their fees are paid with money (or other assets) coming from the offenses indicted to their clients. Such question is analyzed examining the German Law, where this subject has been discussed most exhaustively. Next, the paper describes how the current legal status of the conduct in Germany leads to a collision of interests between an effective fight against money laundering and the defendant's right to an effective and elective legal defense. This is why the paper continues analyzing the different existing solution proposals, including both, the currently maintained by the German Constitutional Court (BVerfG), and the alternative proposals. Afterwards, the*

---

\* El presente artículo constituye una exposición adaptada de parte del contenido de mi tesis para optar al grado de LLM en la Universidad de Bonn. Agradezco encarecidamente a quien con gran generosidad y entusiasmo guió la elaboración de dicha tesis, el prof. Dr. Dr. h.c. mult. Urs Kindhäuser. Sobre el autor: Profesor externo de la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago, Chile. Magíster en Derecho Penal de los Negocios y la Empresa de la Universidad de Chile y LLM Universität Bonn. Correo electrónico: mgecontreras@gmail.com.

*personal position of the author is presented which is based on the need of a teleological interpretation of the criminal type, in the light of a discussion about the legal interest protected under § 261 II StGB. Finally, following the dominant position in Germany, the paper characterizes the isolation-type as a crime of abstract danger against the administration of justice, which becomes decisive in order to propose a new justification of a restrictive interpretation of the crime.*

*Titel : Geldwäsche und Strafverteidigerhonorar in deutsches Strafrecht.*

*Title: Money Laundering and Criminal Defense in German law.*

*Stichworte: Geldwäsche, Strafverteidigung, abstrakte Gefährdungsdelikte, Straftaten gegen die Rechtspflege.*

*Keywords: money laundering, criminal defense, crimes of abstract danger, crimes against the administration of justice.*

*Palabras clave: blanqueo de capitales, defensa penal, delitos de peligro abstracto, delitos contra la Administracion de Justicia.*

## *Sumario*

### **1. Introducción**

### **2. El tipo de obtención (§ 261 II Nr. 1)**

#### **2.1. El “procurarse” y su amplitud.**

#### **2.2. Los fines del tipo de aislamiento (§ 261 II)**

### **3. El abogado defensor (electivo)**

### **4. El conflicto y la necesidad de una solución**

### **5. Las propuestas de solución**

#### **5.1. La actual situación jurídica: la solución del dolo (*Vorsatzlösung*)**

#### **5.2. Las aproximaciones alternativas**

a) La adecuación social. Soluciones en el marco de la teoría de la imputación objetiva

b) Reducción teleológica del tipo objetivo

c) Interpretación conforme a la Constitución en aras de una reducción del tipo objetivo

d) La solución de la justificación (*Rechtfertigungslösung*)

e) La solución de la causa de exclusión de la punibilidad (*Strafausschließungslösung*)

f) Evaluación crítica de las soluciones alternativas

### **6. Toma de posición. Propuesta de solución**

#### **6.1. El bien jurídico por el § 261 II StGB**

a) La integridad del circuito económico y financiero

b) La seguridad interior

c) La Administracion de Justicia y el bien jurídico menoscabado a través del delito previo

d) Toma de posición

## 6.2. El tipo de aislamiento como un delito de peligro contra la Administración de Justicia

a) Los delitos de peligro (abstracto)

b) La Administración de Justicia como bien jurídico institucionalmente generado

c) La defensa electiva como requisito de una correcta realización de la pretensión punitiva estatal

## 7. Conclusiones

## 8. Bibliografía

### 1. Introducción

Realiza el tipo del § 261 II Nr. 1 StGB, el que se procure para sí o para un tercero el objeto contaminado,<sup>1</sup> esto es, un bien que proviene de la comisión de uno de los delitos del catálogo establecido en el mismo parágrafo. En relación con dicho tipo surge la cuestión de la punibilidad a título de blanqueo de capitales de los abogados defensores por recibir honorarios presuntamente contaminados, esto es, por ser remunerados con dinero proveniente del delito que se le imputa a sus clientes. El presente artículo intenta dar respuesta a esa pregunta.

El artículo se divide en seis partes. Primero se esbozan los rasgos fundamentales del tipo de obtención (2) y de la institución de la defensa, especialmente de la defensa electiva (3). A continuación se describe cómo la situación legal vigente en Alemania conduce a una colisión de intereses entre la necesidad de una lucha penal contra el blanqueo de capitales y el derecho del imputado a una defensa electiva efectiva. Tal colisión necesariamente debe ser resuelta (4). En las siguientes secciones se presentan y ponderan las propuestas de solución, tanto la mantenida por el BVerfG así como las soluciones alternativas. (5). En la última sección (6) se expone una postura personal, desarrollando una reducción teleológica del tipo objetivo. Para poder desplegar ese enfoque se defiende la necesidad de una reducción teleológica y se analiza la problemática del bien jurídico protegido por el § 261 II StGB. A continuación, en concordancia con la opinión dominante en Alemania, se caracteriza al tipo de aislamiento como un delito de peligro abstracto contra la Administración de Justicia, especificidad que resulta decisiva para proponer una nueva fundamentación para una restricción teleológica del tipo objetivo.

### 2. El tipo de obtención (§ 261 II Nr. 1)

#### 2.1. El “procurarse” y su amplitud

La conducta típica consistente en “procurarse” (*sich verschaffen*) se concibe como la obtención para sí o para un tercero del poder de disposición fáctico –de forma exclusiva y autónoma– sobre el

<sup>1</sup> KINDHÄUSER, *BT II*, 7ª ed., 2009, § 48, nm. 12. Las traducciones de textos en idiomas distintos al castellano corresponden a traducciones libres realizadas por el autor.

objeto inculpatado.<sup>2</sup> El autor se procura un objeto –o lo hace para un tercero– cuando él se sitúa –o sitúa a alguien– en la posición de disponer como propietario a discreción.<sup>3</sup> Se requiere, por lo tanto, la instauración de un poder de disposición independiente del autor del delito previo.<sup>4</sup> El autor debe hacerse del valor económico de la cosa para fines propios<sup>5</sup> con la consecuencia de que el autor del delito previo pierde toda posibilidad de actuar sobre ella.<sup>6</sup>

Ese concepto comprende un amplio espectro de contactos conscientes con objetos contaminados. Sin embargo, a partir de dicho entendimiento, hay determinados contactos que resultan excluidos del ámbito típico del § 261 II Nr. 1 (aunque no necesariamente del § 261 II Nr. 2) al no verificarse uno de sus elementos. En esa línea se ha dicho que no se verifica un “procurarse” cuando el autor sólo guarda la cosa para el autor del delito previo porque en ese caso no obtiene un poder de disposición propio.<sup>7</sup> Tampoco se verifica un “procurarse” cuando el autor sólo ha recibido el objeto contaminado del autor del delito previo en arriendo o simplemente en empréstito,<sup>8</sup> ello porque no se constataría un poder de disposición amplio del autor.<sup>9</sup> Asimismo, tampoco se puede aseverar que se verifica un “procurarse” en el depósito o en el uso transitorio de un objeto ya que no se presenta un poder de disposición informado por fines propios.<sup>10</sup> Finalmente, la percepción de honorarios por parte de un mandatario para su posterior traspaso a un tercero<sup>11</sup> tampoco constituye un “procurarse” por falta de posesión propia.

Como se puede apreciar la descripción de la conducta típica del § 261 II Nr. 1 es muy amplia. El verbo “procurarse” (*sich verschaffen*) abarca todos los modos a través de los cuales se puede obtener la posesión de una cosa. También, por cierto, la percepción de honorarios contaminados por parte del abogado defensor. La norma, por lo tanto, ha elevado considerablemente el riesgo de persecución penal del defensor.<sup>12</sup>

<sup>2</sup> Véase HERZOG/NESTLER, «§ 261 StGB», *GwG*, 2ª ed., 2014, nm. 92; BURR, *Geldwäsche. Eine Untersuchung zu § 261 StGB*, 1995, p. 81; JAHN, «§ 261», *SSW-StGB*, 2009, nm. 41; OTTO, *BT*, 7ª ed., 2005, § 95, nm. 34.

<sup>3</sup> ALTENHAIN, «§ 261», *NK*, t. III, 4ª ed., 2013, nm. 112; DIETMEIER, «§ 261», *Strafgesetzbuch Kommentar*, 2013, nm. 17; JAHN, «§ 261», *SSW-StGB*, 2009, nm. 41; JAHN/EBNER, «Die Anschlussdelikte – Geldwäsche (§§ 261-262 StGB)», *JuS*, 2009, p. 600.

<sup>4</sup> WESSELS/HILLENKAMP, *BT II*, 36ª ed., 2013, § 24, nm. 898.

<sup>5</sup> SPISKE, *Pecunia olet? Der neue Geldwäschetatbestand § 261 StGB im Verhältnis zu den §§ 257, 258, 259 StGB, insbesondere zur straflosen Ersatzhehlerei*, 1998, p. 134.

<sup>6</sup> FAHL, «Grundprobleme der Geldwäsche (§ 261 StGB)», *Jura*, 2004, p. 162.

<sup>7</sup> SPISKE, *Pecunia olet? Der neue Geldwäschetatbestand § 261 StGB im Verhältnis zu den §§ 257, 258, 259 StGB, insbesondere zur straflosen Ersatzhehlerei*, 1998, p. 134.

<sup>8</sup> SPISKE, *Pecunia olet? Der neue Geldwäschetatbestand § 261 StGB im Verhältnis zu den §§ 257, 258, 259 StGB, insbesondere zur straflosen Ersatzhehlerei*, 1998, p. 135; BT-Drs. 12/3533; ALTENHAIN, «§ 261» *NK*, 4ª ed., 2013, nm. 112, p. 13; BURR, *Geldwäsche. Eine Untersuchung zu § 261 StGB*, 1995, p. 81; JAHN/EBNER, *JuS*, 2009, p. 600.

<sup>9</sup> JAHN, «§ 261», *SSW-StGB*, 2009, nm. 41.

<sup>10</sup> BURR, *Geldwäsche. Eine Untersuchung zu § 261 StGB*, 1995, p. 82; BT-Drs. 12/3533, p. 13.

<sup>11</sup> ALTENHAIN, «§ 261», *NK*, 4ª ed., 2013, nm. 112.

<sup>12</sup> WOHLERS, «Anmerkung. Verfassungsrecht. Strafrecht», *JZ*, 2004, p. 678.

## 2.2. Los fines del tipo de aislamiento (§ 261 II)

El tipo de obtención se encuadra dentro del tipo de aislamiento, el que no sólo incluye la hipótesis de obtención (§ 261 II Nr. 1) sino también las de depósito (*verwahren*) y empleo (*verwenden*) (§ 261 II Nr. 1). Los objetivos legales de la denominada “lucha contra el blanqueo de capitales” son múltiples. Conforme a una de las aproximaciones dichos objetivos son el aislamiento del autor del delito previo y la realización del Derecho penal, la in comerciabilidad, la investigación de los delitos previos, el restablecimiento del estado legal y la exacción de las utilidades.<sup>13</sup> Según la fundamentación legislativa, en tanto, la introducción del § 261 II StGB se basa en la idea de que el autor del delito previo debe ser aislado de su ambiente y los objetos contaminados deben ser prácticamente convertidos en in comerciables.<sup>14</sup> Ello se lograría prohibiendo el contacto con el autor del delito previo a través de la prohibición de procurarse (para sí o para tercero) un bien contaminado, de guardarlo y de usarlo (para sí o para un tercero).<sup>15</sup> También han sido señalados como fines del § 261 II StGB la reconstrucción de la cadena de valor y la conservación de la evidencia.

La doctrina dominante, correctamente, aprueba la fundamentación legislativa: fines específicos del § 261 II StGB son el aislamiento del autor y la in comerciabilidad de los objetos contaminados. Incluso aquellos autores que le atribuyen al § 261 II otros fines, suscriben esa opinión.<sup>16</sup> Ellos no designan esas metas adicionales como objetivos autónomos y específicos, sino más bien recurren a ellas para determinar los contornos de la finalidad de aislamiento. Tal aislamiento del autor significa que éste es excluido del tráfico en relación con el objeto contaminado. Ello implica que el resto de los participantes no deben trabar contacto con él en relación con dicho objeto. Tanto el fin del aislamiento como el de la in comerciabilidad del objeto contaminado sugieren que la prohibición de contacto del § 261 II también alcanza al abogado defensor.

De este modo, se concluye provisionalmente que tanto el tenor literal como los fines del § 261 II StGB comprenden la percepción de honorarios contaminados por parte del abogado defensor. Sin embargo, para abordar correctamente el problema, es necesario detenerse en algunas consideraciones en torno a la posición institucional del abogado defensor.

---

<sup>13</sup> SCHRÖDER/BERGMANN, *Warum die Selbstgeldwäsche straffrei bleiben muss*, 2013, p. 23 y ss. Según ALTENHAIN, «§ 261», NK, 4ª ed., 2013, nm. 7 y ss. y ALTENHAIN, *Das Anschlußdelikt. Grund, Grenzen und Schutz des staatlichen Strafanspruchs und Verfallsrechts nach einer individualistischen Strafrechtsauffassung*, 2002, p. 397 y ss., los fines de protección del legislador son el descubrimiento de las estructuras de la criminalidad organizada y la eliminación del incentivo a la comisión de delitos. La primera meta es perseguida a través de la protección de la evidencia. La segunda meta, en tanto, de dos modos: a través de la protección de la posibilidad de exacción de las utilidades y el aislamiento del autor y la in comerciabilidad del respectivo bien.

<sup>14</sup> BT-Drs. 12/989, p. 27; SPISKE, *Pecunia olet? Der neue Geldwäschetatbestand § 261 StGB im Verhältnis zu den §§ 257, 258, 259 StGB, insbesondere zur straflosen Ersatzhehlerei*, 1998, p. 132.

<sup>15</sup> KÖRNER/DACH, *Geldwäsche. Ein Leitfaden zum geltenden Recht*, 1994, p. 22.

<sup>16</sup> ALTENHAIN, «§ 261», NK, 4ª ed., 2013, nm. 9. De otro lado, a través de la prohibición de procurarse para sí o para un tercero uno de aquellos valores patrimoniales, de guardarlos en depósito o de usarlos (inciso 2º), [el legislador] quiere lograr que el autor del delito previo sea aislado de su entorno y que el objeto incriminado sea prácticamente convertido en in comerciable”. En el mismo sentido, BURR, *Geldwäsche. Eine Untersuchung zu § 261 StGB*, 1995, p. 11.

### 3. El abogado defensor (electivo)

La problemática del blanqueo de capitales por parte del defensor penal sólo se puede resolver correctamente considerando algunas cuestiones básicas sobre la posición de éste en el proceso penal.<sup>17</sup> La defensa penal goza de un estatus especial cuyo fundamento se encuentra en la Constitución alemana y en la Convención Europea de Derechos Humanos. Según la interpretación del Tribunal Constitucional el derecho del imputado a la asistencia de un defensor (§ 137 Abs. 1 StPO) se deriva del derecho al libre desarrollo de la personalidad (Art. 2 I GG) en conexión con el principio de Estado de Derecho.<sup>18</sup> Tal derecho a asistencia se deriva especialmente del principio del debido proceso como manifestación del principio de Estado de Derecho. Como se puede observar, el derecho a la asistencia de un defensor penal ha de ser derivado interpretativamente de la Constitución alemana. Se trata, por lo tanto, de un derecho implícito en dicha carta fundamental. A diferencia de ella, la Convención Europea de Derechos Humanos consagra explícitamente el derecho del acusado (*Angeklagten*) a defenderse personalmente o a contar con la asistencia de un abogado defensor de su elección (Art. 6 III c CEDH).

Existen además una serie de disposiciones legales que, de un lado, ponen de relieve la especificidad de la defensa penal y, de otro, conminan su contravención con sanciones penales. A ellas pertenecen, en primera línea, el § 53 StPO (derecho a no declarar del defensor), el § 140 StPO (intervención necesaria del defensor) y el § 203 StGB (que sanciona al defensor por la transmisión de información cubierta por su secreto profesional). A partir de esas normas se articulan algunos de los deberes del defensor y se perfila el peculiar carácter de su tarea.<sup>19</sup>

La función y la tarea de la defensa en el proceso penal es velar por los intereses del imputado a través de la promoción del ejercicio de sus derechos procesales y de la protección de los embates de los órganos de persecución estatal.<sup>20</sup> La defensa es la institución del proceso penal cuya tarea originaria es luchar de manera irrestricta durante todo el proceso por la presunción de inocencia del mandante. Incluso en caso de antecedentes desfavorables el defensor debe tener siempre la posibilidad -ilimitada y procesalmente asegurada- de creerle a su mandante y, sobre la base de ese fundamento, llevar a cabo la defensa a cuenta del pago de honorarios apropiados.<sup>21</sup> Los conocimientos subjetivos, las dudas y la buena fe del defensor en relación con su mandante pertenecen a la esencia de la defensa.<sup>22</sup> Esto significa que es tarea del defensor mantener en el

<sup>17</sup> GRÜNER/WASSERBURG, «Geldwäsche durch die Annahme des Verteidigerhonorars», *GA*, 2000, p. 430.

<sup>18</sup> BVerfG, *NJW* 2004, p. 1307 f.; DIONYSOPOULOU, *Der Tatbestand der Geldwäsche. Eine Analyse der dogmatischen Grundlagen des § 261 StGB*, 1999, p. 136; FERNANDEZ/HEINRICH, «Die Strafbarkeit des Strafverteidigers wegen Geldwäsche durch Annahme des Honorars nach südafrikanischem und deutschem Recht», *ZStW* 126, t II, 2014, p. 421 y s.; WOHLERS, *JZ*, 2004, p. 680. De forma restringida BERNSMANN, para quien el derecho a contar con un abogado defensor sólo se deriva del Art. 2 I GG en conexión con el principio de Estado de Derecho, BERNSMANN, «Das Grundrecht auf Strafverteidigung und die Geldwäsche. Vorüberlegungen zu einem besonderen Rechtfertigungsgrund», *StV*, 2000, p. 40.

<sup>19</sup> DIONYSOPOULOU, *Der Tatbestand der Geldwäsche*, 1999, p. 136.

<sup>20</sup> WOHLERS, «Strafverteidigung vor den Schranken der Strafgerichtsbarkeit», *StV*, 2001, p. 420.

<sup>21</sup> MATT, «Strafverteidiger und Geldwäsche», *FS-Riefß*, 2002, p. 749.

<sup>22</sup> HAMM, «Geldwäsche durch die Annahme von Strafverteidigerhonorar?», *NJW*, 2000, p. 637.

ámbito de la relación interna con su mandante toda consideración sobre su inocencia o culpabilidad. Hacia fuera, sin embargo, siempre debe velar por los intereses de su mandante.<sup>23</sup> El convencimiento personal del abogado simplemente no viene en consideración: el defensor esmerado y cauteloso, a efectos de resguardar su potencial en el proceso, debe considerar seriamente –en principio– tanto la posibilidad de culpabilidad como de inocencia de su mandante.<sup>24</sup>

Tal defensa requiere, por lo tanto y sobre todo, una relación de confianza entre mandante y defensor,<sup>25</sup> relación que, por cierto, goza de protección constitucional.<sup>26</sup> La defensa sólo puede cumplir su función fundamental consistente en la compensación del déficit estructural de autonomía del imputado, cuando entre éste y su defensor es posible una comunicación sin perturbaciones y, con ello, tendencialmente no distorsionada y, en lo posible, confiable.<sup>27</sup> El imputado debe estar seguro que nada de lo que él le haya revelado a su defensor será exteriorizado por éste y, asimismo, debe garantizarse que nadie desde afuera acceda a dicha información. La confianza es requisito esencial también para que el defensor acepte *prima facie* la versión del imputado, sin perjuicio de que ésta pueda ser objeto de controversia por contraponerse a los antecedentes o a la posible estrategia de defensa.<sup>28</sup> Una defensa apropiada requiere un conocimiento preciso del delito previo y, por lo tanto, de la existencia de una relación de confianza.<sup>29</sup>

Pero defensa electiva y defensa obligatoria no son lo mismo. El StPO estipula el derecho a una defensa electiva (§§ 137, 138 StPO), que está garantizada en términos de derechos fundamentales (art. 6 Abs. 3c CEDH) y es el paradigma de la defensa (§ 143 StPO). A la defensa obligatoria corresponde sólo una función subsidiaria para imputados sin recursos.<sup>30</sup> Por lo demás, hay que advertir que la imputación de haber cometido un delito previo en el sentido del § 261 Abs. 1 StGB no justifica forzosamente una defensa necesaria según el § 140 StPO. Esto trae como consecuencia que los casos en los que el imputado no pueda designar a un abogado electivo, porque sólo podría pagarle con bienes provenientes del delito previo, no conducen necesariamente a la asignación de un abogado de oficio.<sup>31</sup>

#### 4. El conflicto y la necesidad de una solución

La penalización del defensor por la recepción de honorarios contaminados a título del § 261 II StGB conduce a una colisión de intereses entre la necesidad de una lucha contra el blanqueo de

<sup>23</sup> MATT, *FS-Riefß*, 2002, p. 748.

<sup>24</sup> MATT, *FS-Riefß*, 2002, p. 748.

<sup>25</sup> BERNSMANN, «Der Rechtsstaat wehrt sich gegen seine Verteidiger. Geldwäsche durch Strafverteidiger?», *FS-Lüderssen*, 2002, p. 688.

<sup>26</sup> BVerfGE 110, 226, 252; FERNANDEZ/HEINRICH, *ZStW*, 2014, p. 424.

<sup>27</sup> BERNSMANN, *StV*, 2000, p. 40.

<sup>28</sup> BERNSMANN, *StV*, 2000, p. 40.

<sup>29</sup> OTTO, «Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmäßigen Verhaltens», *JZ*, 2011, p. 439.

<sup>30</sup> AMBOS, «Annahme „bemakelten“ Verteidigerhonorars als Geldwäsche?», *JZ*, 2000, p. 73.

<sup>31</sup> FERNANDEZ/HEINRICH, *ZStW*, 2014, p. 413.

capitales, de un lado, y el derecho del imputado a una defensa efectiva a través del recurso a un defensor de su elección, de otro.<sup>32</sup> En esa tesitura la institución de la defensa penal es puesta en peligro.<sup>33</sup> El derecho del imputado a elegir libremente un defensor se encuentra en entredicho cuando no puede encontrar a nadie que quiera asumir libremente el mandato ante el riesgo de ser él mismo perseguido penalmente.<sup>34</sup>

El conflicto ha sido desatendido por una parte de la doctrina.<sup>35</sup> Esa aproximación, que puede denominarse “solución de la imprudencia” (*Leichtfertigkeitlösung*),<sup>36</sup> parte de la base de que, a la luz del derecho vigente, no se puede configurar un privilegio para el abogado defensor.<sup>37</sup> La aplicación de la figura del § 261 II en caso de recepción de honorarios contaminados no puede ser limitada. El fundamento para dicho aserto radica, de un lado, en la voluntad del legislador<sup>38</sup> y, de otro, en el tenor literal del § 261 II.<sup>39</sup> En ese sentido se ha dicho que, según la historia del establecimiento de la ley, no hay dudas de que también los honorarios pagados a abogados y a defensores, en principio, están incluidos en el ámbito de aplicación del inciso 2º, por lo que no hay espacio para una interpretación que propugne la inaplicabilidad a dicho supuesto.<sup>40</sup> Ni en el tipo penal de lavado de activos ni en la ley de lavado de activos se regulan especialmente los deberes de quienes ostentan secreto profesional. Es más, el privilegio originalmente previsto para esos sujetos fue finalmente descartado.<sup>41</sup> El legislador habría anticipado el conflicto de fines (el que resulta de la aplicación del § 261 con los derechos del imputado) y no sólo lo resolvió a favor del del § 261 sino que consagró dicho entendimiento mediante un lenguaje inequívoco.<sup>42</sup> El legislador

<sup>32</sup> AMBOS, *JZ*, 2002, p. 72; OTTO, *JZ*, 2011, p. 439; MEHLHORN, *Der Strafoverteidiger als Geldwäscher*, 2004, p. 155. Dado que, de un lado, la punibilidad del blanqueo de capitales es muy amplia y, de otro, el defensor, debe tener la posibilidad de exigir y recibir honorarios por sus servicios, se abre una zona de conflicto. FERNANDEZ/HEINRICH, *ZStW*, 2014, p. 385.

<sup>33</sup> AMBOS, *JZ*, 2002, p. 72.

<sup>34</sup> WOHLERS, *StV*, 2001, p. 426, n.p. 66.

<sup>35</sup> BURGER/PEGLAU, «Geldwäsche durch Entgegennahme „kontaminierten“ Geldes», *wistra*, 2000, p. 161 y s.; HETZER, «Geldwäsche und Strafverteidigung», *wistra*, 2000, p. 288.; SCHAEFER/WITTIG, «Geldwäsche und Strafverteidiger», *NJW*, 2000 p. 1387 y s.; REICHERT, «Anmerkung zu OLG Hamburg, Keine Strafbarkeit wegen Geldwäsche bei Annahme eines Verteidigerhonorars», *NStZ*, 2000, p. 318; SCHMIDT, «Geldwäsche und Verteidigerhonorar», *JR*, 2001, p. 451 y s.; KÖRNER/DACH, *Geldwäsche. Ein Leitfaden zum geltenden Recht*, 1994, p. 26, nm. 39; GÖSSEL/DÖLLING, *BT I*, 2ª ed., 2004, § 68, nm. 36; KATHOLNIGG, «Kann die Honorarannahme des Strafverteidigers als Geldwäsche strafbar sein?», *NJW*, 2001, p. 2045; OTTO, *JZ*, 2011, p. 439 y s.; KARGL, «Probleme des Tatbestands der Geldwäsche (§ 261 StGB)», *NJ*, 2001, p. 63; FISCHER, «§ 261», *StGB*, 61ª ed., 2014, nm. 33; ALTENHAIN, «§ 261», *NK*, 4ª ed., 2013, nm. 124 ss.

<sup>36</sup> MATT, *FS-Rieß*, 2002, p. 742 y s.

<sup>37</sup> BUSSENIUS, *Geldwäsche und Strafverteidigerhonorar*, 2004, p. 128.

<sup>38</sup> “Una [...] voluntad claramente reconocible del legislador (tanto del que estableció la ley como del que la fue modificando)” (BURGER/PEGLAU, *wistra*, 2000, p. 162); “El legislador se decidió, más bien, conscientemente [...]” (SCHAEFER/WITTIG, *NJW*, 2000, p. 1388); “expresamente articulada voluntad” o “clara voluntad” (SCHMIDT, *JR*, 2001, p. 450; SCHAEFER/WITTIG, *NJW*, 2000, p. 1389), “clara decisión del legislador” (HETZER, *wistra*, 2000, p. 288); “La aplicación del tipo a la percepción de honorarios corresponde [...] al fin legal de aislamiento del autor del delito” (GÖSSEL/DÖLLING, *BT I*, 2ª ed., 2004, § 68, nm. 36.)

<sup>39</sup> “Claro tenor literal” (SCHAEFER/WITTIG, *NJW*, 2000, p. 1389); “clara [...] manifestación del legislador” (REICHERT, *NStZ*, 2000, p. 318); “La aplicación del tipo a la percepción de honorarios corresponde al tenor literal” (GÖSSEL/DÖLLING, *BT I*, 2ª ed., 2004, § 68, nm. 36).

<sup>40</sup> FISCHER, «§ 261», *StGB*, 61ª ed., 2014, nm. 33.

<sup>41</sup> KÖRNER/DACH, *Geldwäsche. Ein Leitfaden zum geltenden Recht*, 1994, p. 26.

<sup>42</sup> KARGL, *NJ*, 2001, p. 63.

se habría decidido conscientemente por el tenor literal del § 261 II Nr. 1 StGB así como también por la finalidad del total aislamiento del autor. El dinero que provenga de los delitos previos del catálogo del § 261 I StGB, debería ser, a todo respecto, convertido en intransferible.<sup>43</sup> La aplicación del tipo penal a la recepción de honorarios corresponde con su tenor literal y con el fin legal del aislamiento del autor y encuentra sustento en la historia del establecimiento de la ley.<sup>44</sup> Ni desde el simple nivel legal ni desde el constitucional se podrían obtener razones que excluyan la punibilidad de los abogados que reciben como honorarios dineros que provengan de los delitos previos del § 261 I StGB.<sup>45</sup> Una creación *-contra legem-* de una excepción al tipo no debería ser emprendida.<sup>46</sup>

El BGH ha seguido este planteamiento<sup>47</sup> señalando que: “Según el claro tenor literal del § 261 II StGB ni el defensor, en cuanto autor, ni el honorario que él recibe, en cuanto objeto material del delito, han sido exceptuados del ámbito de aplicación del tipo de blanqueo. El fin perseguido por la ley, consistente en un pleno aislamiento del autor del delito previo, no admite una regla de excepción. La historia del establecimiento de la ley habla –como por lo demás también los partidarios de la impunidad mayoritariamente reconocen– en contra de una excepción”.<sup>48</sup> El BGH, además, corrobora la legitimidad de la norma afirmando que la punibilidad de la percepción de honorarios con conocimiento de su origen no contraviene normas constitucionales ni el art. 6 de la CEDH,<sup>49</sup> porque „así como para el abogado defensor no existe un derecho a ser remunerado con dinero contaminado, tampoco existe un derecho del imputado a defensa electiva con uso de medios adquiridos ilegalmente.”<sup>50</sup> Un imputado que sólo dispone de bienes contaminados es asimilable a un imputado sin recursos y, por eso, también tiene derecho a defensa obligatoria (*Pflichtverteidigung*). “Entonces no se debería entender que la relación de confianza –constitucionalmente protegida– entre el mandante y su defensor se vea socavada porque el defensor podría rechazar el mandato en caso de datos fidedignos del mandante sobre el origen de los honorarios.”<sup>51</sup>

En un sentido similar se ha sostenido que, dada la posibilidad de nombramiento de un abogado obligatorio, la defensa como institución no resulta impropriadamente afectada.<sup>52</sup> De este modo, no se suscitaría una afectación ni a los derechos fundamentales del defensor (derecho al libre ejercicio de la profesión) ni a los del imputado (derecho a contar en cada estado del proceso con el auxilio de un abogado defensor).<sup>53</sup> El § 261 StGB abarcaría también los honorarios contaminados

<sup>43</sup> SCHAEFER/WITTIG, *NJW*, 2000, p. 1338.

<sup>44</sup> GÖSSEL/DÖLLING, *Strafrecht BT I*, 2ª ed., 2004, § 68, nm. 36.

<sup>45</sup> KATHOLNIGG, *NJW*, 2001, p. 2045.

<sup>46</sup> SCHMIDT, *JR*, 2001, p. 451.

<sup>47</sup> BGHSt NSStZ 2001, pp. 535 s.

<sup>48</sup> BGHSt NSStZ 2001, p. 535 s.

<sup>49</sup> BGHSt NSStZ 2001, p. 536.

<sup>50</sup> BGHSt NSStZ 2001, p. 536.

<sup>51</sup> BGHSt NSStZ 2001, p. 536.

<sup>52</sup> GÖSSEL/DÖLLING, *BT I*, 2ª ed., 2004, § 68, nm. 36.

<sup>53</sup> SCHAEFER/WITTIG, *NJW*, 2000, p. 1389; KATHOLNIGG, *NJW*, 2001, p. 2043 ss.

recibidos por el defensor y no infringe los derechos fundamentales ni del abogado ni del mandante.<sup>54</sup>

Otra opinión, si bien es cierto rechaza de *lege lata* la inaplicabilidad del § 261 StGB para el caso de recepción de honorarios contaminados por parte del abogado defensor, impugna por inapropiada la ponderación del legislador a favor de una completa protección de la Administración de Justicia frente a la protección de la relación de confianza entre defensor y mandante. En esa perspectiva se señala, de *lege ferenda*, que una corrección legal del § 261 StGB sería, por lo tanto, necesaria.<sup>55</sup>

Según esta visión, por lo tanto, el § 261 StGB también abarca los honorarios contaminados del abogado defensor.<sup>56</sup> Si es que el abogado conoce dicho origen o si imprudentemente no lo conoce, entonces se hace punible a título del § 261 II Nr. 1 StGB.<sup>57</sup> Por esa razón el abogado debe, como cualquier otra persona, rehusar tales honorarios contaminados y, en caso que sea necesario, dejarse designar como defensor de oficio.<sup>58</sup>

Esta postura, que descarta en términos generales la posible impunidad del abogado defensor, debe ser rechazada. Ella desatiende la colisión de intereses que existe entre los fines perseguidos por el legislador con el establecimiento del § 261 StGB y los fines de la institución legalmente fundada del defensor electivo.<sup>59</sup> Aun cuando los resultados de esta postura resultan cubiertos por el tenor literal de la disposición del § 261 II StGB se hace merecedora de críticas por no considerar la especial problemática de la institución del defensor penal y resulta descartable, en definitiva, por inconstitucional.<sup>60</sup> A partir de la solución de la imprudencia el defensor debe declinar el mandato tan pronto sospeche de la comisión de uno de los delitos del catálogo y requerir una designación como defensor de oficio. En una situación tal la defensa electiva resultaría tendencialmente relevada por la defensa de oficio.<sup>61</sup> Ello no sería aceptable, razón por la cual hay que buscar una solución al problema y no simplemente obviarlo.

## 5. Las propuestas de solución

### 5.1. La situación jurídica actual: la solución del dolo (*Vorsatzlösung*)

El objetivo de la solución del dolo<sup>62</sup> es desacoplar del tipo subjetivo del § 261 II Nr. 1 StGB tanto a la imprudencia (§ 261 V) como al dolo eventual (§ 15 StGB), en la medida que conciernan a los

<sup>54</sup> BURGER/PEGLAU, *wistra*, 2000, p. 164.

<sup>55</sup> OTTO, *JZ*, 2011, pp. 440 s.

<sup>56</sup> BURGER/PEGLAU, *wistra*, 2000, p. 164.

<sup>57</sup> KATHOLNIGG, *NJW*, 2001, p. 2045.

<sup>58</sup> KÖRNER/DACH, *Geldwäsche. Ein Leitfaden zum geltenden Recht*, 1994, p. 25, nm. 30.

<sup>59</sup> MEHLHORN, *Der Strafoverteidiger als Geldwäscher*, 2004, p. 155.

<sup>60</sup> MATT, *FS-Rieß*, 2002, pp. 742 s.

<sup>61</sup> MATT, *FS-Rieß*, 2002, p. 743.

<sup>62</sup> GRÜNER/WASSERBURG, *GA*, 2000, p. 430 ss.; MATT, *FS-Rieß*, 2002, p. 739 ss.; MATT, «Verfassungsrechtliche Beschränkung der Strafverfolgungen von Strafverteidigern», *JR*, 2004, p. 325 s., FERTIG, *Grenzen einer Inkriminierung des Wahlverteidigers wegen Geldwäsche*, 2007, p. 224 ss.

honorarios de un abogado defensor electivo. Como consecuencia de ello, el defensor sólo debe ser penado en caso de que conozca con seguridad el origen del dinero ilegal.<sup>63</sup>

El BVerfG se inclinó por la solución del dolo.<sup>64</sup> Dicho tribunal parte de la base de que el § 261 II Nr. 1 StGB puede afectar al defensor penal en el libre ejercicio de su profesión. El riesgo de incriminación a título de blanqueo de capitales por la percepción de honorarios en el contexto de un mandato electivo pone en peligro el derecho del defensor penal de explotar económicamente de un modo razonable sus servicios profesionales.<sup>65</sup> Por lo demás, las repercusiones de la conminación penal pueden ser idóneas para perturbar o derechamente aniquilar la relación de confianza entre el defensor y su mandante, que es parte fundamental de una defensa efectiva. Asimismo, la conminación penal puede producir colisiones que impedirían al defensor penal representar eficazmente los intereses de su mandante.<sup>66</sup> Esos riesgos e inseguridades no resultan sólo de las condiciones de la relación de mandato, sino también de la amplia redacción del tipo subjetivo.<sup>67</sup>

De otro lado, según el BVerfG, la amenaza penal del § 261 II Nr. 1 StGB es, en principio, idónea y necesaria para la consecución de su fin legal, esto es, combatir efectivamente la criminalidad organizada. El legislador persigue la finalidad del combate contra el blanqueo de capitales a través de nuevas formas, a saber, incluyendo en esa lucha a terceros que no participaron en el delito previo.<sup>68</sup> Pero en lo concerniente al círculo de destinatarios conformado por los abogados defensores, la aplicación ilimitada del tipo del § 261 II Nr. 1 StGB infringiría la prohibición de exceso.<sup>69</sup> Una interpretación amplia del § 261 II Nr. 1 StGB, al atacar contra la libertad de ejercer la profesión del defensor penal, no sería justificable constitucionalmente en todo su alcance. Dicha disposición, de no mediar una reducción constitucionalmente conforme, atentaría contra el principio de proporcionalidad.<sup>70</sup>

La ponderación de bienes para la prueba de la proporcionalidad en sentido estricto debe considerar, en primer lugar, que la prohibición penal de percibir dinero contaminado, dirigida al defensor penal en cuanto destinatario de la norma, regularmente es poco adecuada para promover de forma tangible el resultado pretendido por el legislador con el establecimiento de los preceptos penales de blanqueo de capitales.<sup>71</sup> Por el contrario, los posibles ataques a la libertad profesional del abogado derivados de una aplicación ilimitada del § 261 II Nr. 1 StGB resultan graves. La realización del tipo con dolo eventual pondría en peligro el derecho del abogado a una remuneración ya en caso de meras sospechas.<sup>72</sup> En el contexto de la debida ponderación entre, de

---

<sup>63</sup> GRÜNER/WASSERBURG, GA, 2000, p. 439.

<sup>64</sup> BVerfG, NJW 2004, p. 1305 y ss.; BVerfG, NJW 2005, p. 1707 ss.

<sup>65</sup> BVerfG, NJW 2004, p. 1308; BVerfG, NJW 2005, p. 1708.

<sup>66</sup> BVerfG, NJW 2004, p. 1308.

<sup>67</sup> BVerfG, NJW 2004, p. 1308.

<sup>68</sup> BVerfG, NJW 2004, p. 1310.

<sup>69</sup> BVerfG, NJW 2004, p. 1310.

<sup>70</sup> BVerfG, NJW 2004, p. 1310.

<sup>71</sup> BVerfG, NJW 2004, p. 1311.

<sup>72</sup> BVerfG, NJW 2004, p. 1311.

un lado, el peligro a la libertad de ejercicio profesional del defensor junto con la consecuente afectación a la institución de la defensa electiva que implica la inclusión ilimitada del defensor en el círculo de autores de blanqueo y, de otro, las ventajas esperables de dicha inclusión para la lucha contra la criminalidad organizada, prevalecen las desventajas.<sup>73</sup>

Pero dicha solución no rige de forma ilimitada. Según el BVerfG una completa exención del defensor de la amenaza penal del § 261 II Nr. 1 StGB ciertamente no resulta exigida por el principio de proporcionalidad.<sup>74</sup> La afectación que implica el § 261 II Nr. 1 StGB al libre ejercicio de la profesión del defensor y a la institución del defensor electivo está constitucionalmente justificada cuando el defensor, al momento de la recepción de los honorarios, tiene la certeza que ellos provienen de uno de los delitos previos.<sup>75</sup> La transferencia consciente de valores patrimoniales contaminados bajo la pantalla de la relación de confianza constitucionalmente protegida es un abuso de la posición privilegiada del defensor que no merece protección por la Constitución.<sup>76</sup>

Parte de la doctrina aprueba dicha solución.<sup>77</sup> Así, se ha dicho que sólo mediante una interpretación constitucionalmente conforme del § 261 II y V StGB, en la que se exija intención o conocimiento respecto del origen de los honorarios percibidos como requisito de la punibilidad, resultan resguardados tanto la posición del defensor electivo como los derechos del imputado en el proceso penal.<sup>78</sup>

Esta posición también fue sustentada antes de la sentencia del BVerfG de 30 de marzo de 2004.<sup>79</sup> En esa línea se señaló que para resguardar al defensor de un imponderable riesgo de persecución penal y para estar a la altura de su especial situación evaluativa (duda profesionalmente exigida), se requiere una correspondiente elevación de las barreras de la punibilidad. Así, para efectos del blanqueo de capitales –en el marco de las relaciones internas del mandato– se requiere conocimiento positivo del origen espurio de los objetos patrimoniales (esto es, dolo directo) y, consecuentemente, para la comprobación procesal del delito se reclaman exigencias probatorias intensificadas.<sup>80</sup> Según esta aproximación, el defensor penal, hasta el límite del dolo directo, *de iure* no tiene puertas adentro (en las relaciones internas del mandato) deberes penales de comprobación del origen de los honorarios traspasados. En la medida que no tenga conocimiento seguro del origen delictivo del dinero que se le ha transferido a título de honorarios, actúa atípicamente (por falta de tipo subjetivo).<sup>81</sup>

---

<sup>73</sup> BVerfG, NJW 2004, p. 1311.

<sup>74</sup> BVerfG, NJW 2004, p. 1311.

<sup>75</sup> BVerfG, NJW 2004, p. 1311; BVerfG, NJW 2005, p. 1708.

<sup>76</sup> BVerfG, NJW 2004, p. 1311.

<sup>77</sup> MATT, JR, 2004, p. 325 ss., FERTIG, *Grenzen einer Inkriminierung des Wahlverteidigers wegen Geldwäsche*, 2007, p. 224 ss.

<sup>78</sup> FERTIG, *Grenzen einer Inkriminierung des Wahlverteidigers wegen Geldwäsche*, 2007, p. 228.

<sup>79</sup> Específicamente por MATT, *FS-Rieß*, 2002, p. 760 y por GRÜNER/WASSERBURG, GA, 2000, p. 438 ss.

<sup>80</sup> MATT, *FS-Rieß*, 2002, p. 760.

<sup>81</sup> MATT, *FS-Rieß*, 2002, p. 769.

Sin embargo, dado que el umbral de inhibición para la incoación de la etapa de investigación podría ser muy bajo, la solución del dolo se ve expuesta a objeciones. Es evidente que las consecuencias de una investigación inminente en contra del defensor por blanqueo de capitales y las eventuales medidas coercitivas, traen consigo considerables afectaciones o dificultades a la defensa penal, aun cuando sólo en pocos casos se pudieran dictar sentencias condenatorias.<sup>82</sup> La valla del dolo eventual es tan baja que en muchos casos que conciernen a uno de los delitos del catálogo del § 261 StGB, la defensa (electiva) simplemente no podría llevarse a cabo.<sup>83</sup> Esto implica el rompimiento de un tabú que afecta en sus bases a la relación de confianza.<sup>84</sup> Si bien es cierto que la exigencia de conocimiento positivo en relación con el origen antijurídico dificulta una condena al defensor, ello no impide, sin embargo, la realización de investigaciones penales fundadas en sospechas iniciales (*Anfangsverdachts*).<sup>85</sup> En otros términos, si bien es cierto que una reducción del ámbito típico sólo al nivel del tipo subjetivo podría impedir a menudo la sanción penal, sólo extraordinariamente impedirá la imputación y la consiguiente perturbación de la relación de confianza entre mandante y abogado.<sup>86</sup> Una solución como ésta se queda procesalmente a medio camino. Un defensor auto-reflexivo, frente a un mandante sospechoso de haber cometido uno de los delitos previos, debería, por lo tanto, contar siempre con la posibilidad de que la percepción de honorarios también se le pueda imputar dolosamente.<sup>87</sup> La solución del dolo, en el mejor de los casos, puede morigerar la perturbación de la relación de confianza, que proviene del § 261 StGB, pero de ninguna manera conjurarla.<sup>88</sup> Y ello es así porque –también en el mejor de los casos– sólo puede impedir una condena, pero en caso alguno puede asegurar la libertad que la defensa electiva requiere frente a las intervenciones procesales.<sup>89</sup>

Además, a menudo el dolo no es comprobable o sólo lo es en base a circunstancias difícilmente explicables. Asimismo, se plantea a este respecto la pregunta sobre cuál es el momento decisivo para la obtención del conocimiento.<sup>90</sup> Es por eso que se ha señalado que es necesario considerar que la solución del dolo del BVerfG implica transitar por la inestable superficie de la comprobación de los estados subjetivos.<sup>91</sup> Por dichos motivos se ha sostenido que en contra de la solución del dolo favorecida por el Senado (*Senat*) habla, por sobre todo, la circunstancia de que en caso alguno se trata de prevenir la mala fe del defensor en el acceso a valores patrimoniales,

---

<sup>82</sup> MATT, *FS-Rieß*, 2002, pp. 743 s.

<sup>83</sup> MATT, *FS-Rieß*, 2002 p. 747.

<sup>84</sup> MATT, *FS-Rieß*, 2002, p. 747.

<sup>85</sup> AMBOS, *JZ*, 2002, p. 76.

<sup>86</sup> HAMM, *NJW*, 2000, p. 636.

<sup>87</sup> BERNSMANN, *StV*, 2000, p. 42.

<sup>88</sup> BUSSENIUS, *Geldwäsche und Strafvverteidigerhonorar*, 2004, p. 133.

<sup>89</sup> WOHLERS, *JZ*, 2004, p. 680.

<sup>90</sup> KULISCH, «Strafvverteidigerhonorar und Geldwäsche», *StraFo*, 1999, p. 338. La misma autora ha señalado, en el marco de la crítica a la solución del dolo, que si se ubica el problema sólo en el ámbito del tipo subjetivo, entonces sería punible según el tenor literal del § 261 StGB, por ejemplo, también el tribunal que ha condenado a una multa al autor del delito previo. KULISCH, *StraFo*, 1999, pp. 338 s.

<sup>91</sup> De hecho, el defensor no está en la posición de comprobar con suficiente seguridad el origen de los valores patrimoniales recibidos, WOHLERS, *JZ*, 2004, p. 680, n.m. 32. Véase también HOMBRECHER, *Geldwäsche (§ 261 StGB) durch Strafvverteidiger? - Eine Untersuchung zur Anwendung des § 261 StGB auf das Honorar des Strafvverteidigers*, 2001, pp. 53 y ss., 72 y ss.

sino que de asegurar, a través de una interpretación restrictiva del § 261 II Nr. 1 StGB, que el imputado tenga siempre la posibilidad de poder ser asistido por un abogado de su confianza. La garantía de dicho derecho no puede ni debe depender de los estados mentales del defensor.<sup>92</sup>

En vista de las objeciones precedentemente expuestas hay que concluir que una solución del dolo puro no es suficiente para resguardar la funcionalidad de la defensa electiva en el proceso penal,<sup>93</sup> toda vez que ella puede ser perturbada a través de medidas investigativas. Por tal motivo es que se ha abogado por la necesidad de un aseguramiento procesal de la solución del dolo<sup>94</sup> a través de la existencia de obstáculos elevados para las autoridades investigativas. De la mano del § 138a StPO y para evitar los peligros prácticos subyacentes, las medidas coercitivas contra el defensor (en cuanto imputado de blanqueo) deberían fundarse –como mínimo– en una sospecha suficiente o en una sospecha vehemente<sup>95</sup>. De ello se sigue para la problemática del blanqueo de capitales que el defensor goza en esos casos de una inmunidad ante la investigación.<sup>96</sup> Sin embargo, dada dicha inmunidad y en tanto el proceso en contra del autor principal no esté terminado por sentencia firme o no se haya renunciado al mandato, se ha apuntado que el defensor que desempeña varios mandatos paralelamente (como es usual), no gana mucho con una inmunidad temporal. Para el mandante inculcado por el delito previo no tiene importancia si su defensor está siendo investigado por blanqueo, pero para todos los otros clientes las intervenciones telefónicas y el registro de la oficina presentan una amenaza potencial de que los antecedentes así obtenidos también puedan ser usados en su contra.<sup>97</sup> En fin, las distintas variantes de la solución del dolo, en total, no constituyen un medio adecuado para descartar la lesión al derecho a defensa y, por ello, deben ser desestimadas.<sup>98</sup>

Aun cuando no se aprobara la conclusión anterior, de todos modos existe otra objeción que se puede formular tanto respecto de una solución del dolo puro como respecto de una asegurada procesalmente. Y es que es inadmisibles encontrar una solución en el plano del tipo subjetivo en caso de que ella pueda ser encontrada en el nivel del tipo objetivo. Puesto en términos analíticos, la construcción del delito implica ciertos pasos de comprobación. En primer término, tiene que haber un suceso –fijado como tal por una norma– que no debe ocurrir.<sup>99</sup> Tras ese primer paso –mediante el cual se fija el injusto de resultado como objeto de imputación– ha de preguntarse si dicho suceso, en cuanto contradice las valoraciones del Derecho, podría ser evitado o, en otros términos, si los criterios de evitabilidad se satisfacen en el caso concreto. En este segundo paso se trata de la aplicación de reglas de imputación, de donde se obtiene la respuesta a la pregunta de si

---

<sup>92</sup> WOHLERS, *JZ*, 2004, p. 680.

<sup>93</sup> GRÜNER/WASSERBURG, *GA*, 2000, p. 442.

<sup>94</sup> GRÜNER/WASSERBURG, *GA*, 2000, p. 442 ss.; MATT, *FS-Rieß*, 2002, p. 769 ss.

<sup>95</sup> MATT, *FS-Rieß*, 2002, p. 769.

<sup>96</sup> GRÜNER/WASSERBURG, *GA*, 2000, p. 447.

<sup>97</sup> BUSSENIUS, *Geldwäsche und Strafoverteidigerhonorar*, 2004, p. 133.

<sup>98</sup> BUSSENIUS, *Geldwäsche und Strafoverteidigerhonorar*, 2004, p. 133.

<sup>99</sup> KINDHÄUSER, «Der subjektive Tatbestand im Verbrechensaufbau Zugleich eine Kritik der Lehre von der objektiven Zurechnung», *GA*, 2007, p. 450.

una persona puede ser hecha responsable por la realización del injusto del resultado típico.<sup>100</sup> La tipicidad objetiva de un comportamiento, incluidas sus consecuencias relevantes, constituye aquello que ha de ser evitado y es a esto a lo cual el dolo y la imprudencia, en tanto criterios de evitabilidad, se encuentran referidos. Dicho de otro modo: mientras el tipo objetivo designa el objeto de la imputación de responsabilidad jurídico-penal, el dolo y la imprudencia, en cambio, designan sus fundamentos.<sup>101</sup>

## 5.2. Las aproximaciones alternativas.

a) La adecuación social. Soluciones en el marco de la teoría de la imputación objetiva.

Algunos autores<sup>102</sup> intentan excluir la recepción de honorarios del defensor penal del ámbito de aplicación del § 261 I I negando la imputación objetiva en relación con dicha conducta por considerarla un comportamiento socialmente adecuado, conforme al rol o creador de un riesgo permitido. La teoría de la imputación objetiva exige que, como presupuesto de la posibilidad de imputar un resultado, el autor haya creado un riesgo no permitido.<sup>103</sup> Para determinar con más detalle la permisión de la creación del riesgo se mencionan criterios muy diversos. En ese sentido se señala que las consecuencias lesivas de un comportamiento socialmente adecuado o conforme al rol son, en general, inadecuadas para realizar un tipo objetivo.<sup>104</sup>

Se habla de adecuación social en los casos en que la conducta es usual y aprobada por la generalidad, cuando se desenvuelve en el marco del normal orden de la vida en común. Un comportamiento como ese –se asevera– no debe realizar el tipo objetivo. Esa teoría, traspasada a la problemática de la percepción de honorarios contaminados por parte del defensor penal, significa que la conducta de éste no es penalmente relevante cuando se mueve dentro del marco de sus deberes profesionales y la aceptación general.<sup>105</sup>

Asimismo, en el contexto de las soluciones propuestas en el marco de la teoría de la imputación objetiva, se ha hablado de comportamiento del defensor conforme al rol. En ese sentido se ha planteado la pregunta de si –y en caso afirmativo, bajo qué criterios– en un ordenamiento jurídico que se concibe como práctica institucionalizada de libertad se le puede atribuir sentido delictivo a comportamientos socialmente discretos.<sup>106</sup> Para responder a dicha interrogante la idea básica de este enfoque es que el deslinde entre lo socialmente adecuado y lo delictivo es, en principio,

<sup>100</sup> KINDHÄUSER, GA, 2007, p. 450.

<sup>101</sup> KINDHÄUSER, GA, 2007, p. 449.

<sup>102</sup> MÜSSIG, «Strafverteidiger als „Organ der Rechtspflege“ und die Strafbarkeit wegen Geldwäsche», *wistra*, 2005, p. 202 s.; MEHLHORN, *Der Strafverteidiger als Geldwäscher*, 2004, p. 175 s. LÖWE-KRAHL, «Die Strafbarkeit von Bankangestellten wegen Geldwäsche nach § 261 StGB», *wistra*, 1993, p. 125 ss. A pesar de que el último artículo trata el tema del blanqueo de capitales de los empleados bancarios, sus resultados son trasladables al abogado defensor.

<sup>103</sup> KINDHÄUSER, «Zum sog. „unerlaubten“ Risiko», *FS-Mainwald*, 2010, p. 399.

<sup>104</sup> KINDHÄUSER, *FS-Mainwald*, 2010, p. 400 s.

<sup>105</sup> MATT, *FS-Rieß*, 2002, p. 755.

<sup>106</sup> MÜSSIG, *wistra*, 2005, p. 202.

contextual.<sup>107</sup> En el caso de la defensa penal el contexto normativo relevante es el anclaje constitucional de la institución en el principio del Estado de Derecho a través de la garantía del imputado (vigente tanto a nivel constitucional como en el sistema de derechos humanos) consistente en “poder ser defendido en el proceso penal por un abogado de su elección y su confianza”.<sup>108</sup> Ese contexto guía la distinción dogmática entre una recepción de honorarios socialmente adecuada y una con sentido delictivo, bajo la consideración de una presunción *prima facie* de conformidad al rol de dicha recepción.<sup>109</sup>

También se ha dicho que la recepción de dinero sucio a título de honorarios de la defensa sería un riesgo permitido. El argumento es el siguiente. Tanto al derecho del imputado a la presunción de inocencia como al derecho al libre ejercicio de la abogacía se le ha de conceder primacía por sobre la protección de bienes jurídicos del § 261 StGB.<sup>110</sup> Esto significa que, en tanto la presunción de inocencia no sea derrotada, la confianza del defensor en la afirmación del mandante de que los honorarios no estarían contaminados, normalmente no puede ser considerada como una infracción al deber de cuidado en el sentido del § 261 V StGB.<sup>111</sup> Un comportamiento que en consideración a su propia posición y a la de los derechos del imputado es autorizado, no puede ser –no obstante y de otro lado– objetivamente contrario a deber y, con ello, tampoco puede ser imprudente.<sup>112</sup> La posición constitucional del defensor define y delimita los requisitos que debe cumplir la aseveración de imprudencia en el sentido del § 261 V StGB. De ahí que en muchos casos no existirá infracción objetiva al deber cuidado, de modo que la pregunta sobre el dolo ni siquiera se plantea. Consecuentemente, el defensor se mueve dentro del marco del riesgo permitido.<sup>113</sup>

#### b) Reducción teleológica del tipo objetivo

Un sector considerable de la doctrina ha descartado la tipicidad de la recepción de dinero contaminado a título de honorarios profesionales conforme al § 261 II desarrollando para ello una reducción teleológica del tipo objetivo.<sup>114</sup> Dicha interpretación restrictiva sería necesaria en consideración a la disposición del § 137 StPO.<sup>115</sup> Cuando por la aplicación del § 216 II StGB, en todos los casos de defensa electiva ésta se hiciera imposible, no tendría aplicación el § 137 StPO, según el cual en cada etapa del proceso el imputado se puede asistir por un defensor de su elección. Dado que en dichos casos nadie podría pensar seriamente en la abrogación del § 137

<sup>107</sup> MÜSSIG, *wistra*, 2005, p. 203.

<sup>108</sup> MÜSSIG, *wistra*, 2005, p. 203.

<sup>109</sup> MÜSSIG, *wistra*, 2005, p. 206.

<sup>110</sup> MEHLHORN, *Der Strafverteidiger als Geldwäscher*, 2004, pp. 177 s.

<sup>111</sup> MEHLHORN, *Der Strafverteidiger als Geldwäscher*, 2004, p. 178.

<sup>112</sup> MEHLHORN, *Der Strafverteidiger als Geldwäscher*, 2004, p. 178.

<sup>113</sup> MEHLHORN, *Der Strafverteidiger als Geldwäscher*, 2004, p. 179.

<sup>114</sup> BARTON, «Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche (§ 261 StGB)», *StV*, 1993, p. 159 s.; WOHLERS, *StV*, 2001, p. 425 s.; KÜLISCH, *StraFo*, 1999, p. 338 s.; JAHN, «§ 261», *SSW-StGB*, 2009, nm. 55; DIONYSOPOULOU, *Der Tatbestand der Geldwäsche*, 1999, p. 135 s.; HOYER, «§ 261», *SK-StGB*, 2012, § 261, nm. 21 a) s.; LÜDERSSEN/JAHN, «Vor § 137», *LW StPO*, 26ª ed., nm. 116 ss.

<sup>115</sup> JAHN, «§ 261», *SSW-StGB*, 2009, nm. 55

StPO, el § 261 StGB debería, a este respecto, recular. El camino técnico-jurídico para ello sería el de la reducción teleológica del tipo objetivo.<sup>116</sup>

La reducción teleológica del tipo objetivo depende de cuál sea el bien jurídico protegido. Para negar la lesión de la Administración de Justicia como bien jurídico del § 261 StGB se ha enfatizado el especial estatus constitucional del defensor<sup>117</sup> y su pertenencia a la Administración de Justicia. De ese modo se ha sostenido que el fin de protección del § 261 StGB en realidad no resulta lesionado por el pago de servicios jurídicos.<sup>118</sup> Bajo Administración de Justicia no se debe entender sólo a la persecución penal.<sup>119</sup> También pertenecen a ella el defensor y la salvaguardia de los intereses del imputado.<sup>120</sup> Una Administración de Justicia funcional y operativa requiere una defensa penal en funcionamiento.<sup>121</sup>

De acuerdo a otra postura, el § 261 StGB protege diversos aspectos de la Administración de Justicia<sup>122</sup> que no resultan afectados por la percepción de honorarios penales. Así, en relación con el primer aspecto, dicha percepción en modo alguno puede dificultar la tarea de las autoridades investigativas consistente en la detección de delitos. Aun cuando la remuneración provenga de un delito previo, las huellas del dinero no pueden ser borradas por tal remuneración. El segundo aspecto es la obtención de una sentencia correcta, que requiere el auxilio de un defensor. Al respecto se ha dicho que el pago de honorarios que provengan de un delito previo no puede obstaculizar o hacer peligrar el comiso ni la confiscación. El tercer aspecto es la intensificación del efecto preventivo del refrán: “el crimen no paga” y la profundización de la protección de los bienes jurídicos del delito previo. Respecto a ello se ha señalado que nadie comete un delito para pagarle más dinero a los abogados. No sería razonable, por lo tanto, sostener que el bien jurídico protegido por el delito previo resulta lesionado cuando un abogado defiende a alguien contra pago.<sup>123</sup> En un sentido similar se ha afirmado que a través de la punibilidad del blanqueo de capitales debe evitarse que el autor del delito previo pueda beneficiarse del producto del delito y que, de ese modo, surja un incentivo para él o para terceros de cometer ulteriores delitos del catálogo. Ahora bien, nadie comete un delito para verse envuelto con posterioridad en un proceso penal y poder pagarle a un defensor. La expectativa de incurrir en tales costos reduce los incentivos para cometer el delito en vez de aumentarlos. Gracias a ellos disminuye la ganancia neta correspondiente.<sup>124</sup>

---

<sup>116</sup> LÜDERSSEN/JAHN, «Vor § 137», *LW-StPO*, 26 ed., 2007, nm. 116.

<sup>117</sup> BARTON, *StV*, 1993, p. 162; DIONYSOPOULOU, *Der Tatbestand der Geldwäsche*, 1999, p. 136.

<sup>118</sup> BARTON, *StV*, 1993, p. 162.

<sup>119</sup> KULISCH, *StraFo*, 1999, p. 339.

<sup>120</sup> BARTON, *StV*, 1993, p. 162; KULISCH, *StraFo*, 1999, p. 339.

<sup>121</sup> BARTON, *StV*, 1993, p. 162.

<sup>122</sup> DIONYSOPOULOU, *Der Tatbestand der Geldwäsche*, 1999, p. 72.

<sup>123</sup> DIONYSOPOULOU, *Der Tatbestand der Geldwäsche*, 1999, p. 137.

<sup>124</sup> HOYER, «§ 261», *SK-StGB*, 2012, nm. 21 b). Dicho autor complementa: Una defensa conducida por un defensor electivo bien remunerado puede, bajo ciertas circunstancias, aumentar claramente las posibilidades de impunidad del imputado frente a un defensor de oficio. Sin embargo, el imputado quedaría libre de pena también –y sin costo– de no haber cometido el delito previo. En razón de ello, la perspectiva de contar con un abogado electivo no configura un motivo especial para la comisión del delito previo. HOYER, «§ 261», *SK-StGB*, 2012, nm. 21 b).

Por su parte, entre quienes opinan que el bien jurídico protegido por el § 261 StGB (también) es la seguridad interior, se ha dicho que ella necesita la paz jurídica y las garantías procesales propias de un Estado de Derecho, entre las cuales se cuenta la defensa.<sup>125</sup>

c) Interpretación conforme a la Constitución en aras de una reducción del tipo objetivo

La interpretación constitucionalmente conforme debe ser claramente diferenciada de una interpretación teleológica. En el marco de una reducción teleológica del tipo objetivo del § 261 II StGB el argumento de la exclusión de la tipicidad de la recepción de honorarios contaminados por parte del defensor radica en que tal comportamiento no pone en cuestión la finalidad perseguida por la norma. Según una reducción constitucionalmente conforme del tipo objetivo, en tanto, la argumentación gira en torno a la injustificada infracción de derechos fundamentales. La reducción teleológica conduce a una reducción *eo ipso* del tipo objetivo. Su punto de referencia, por lo tanto, es el bien jurídico protegido. Por el contrario, la interpretación constitucionalmente conforme se caracteriza por la consideración de las consecuencias inconstitucionales que resultarían de la aplicación del § 261 II StGB a la hipótesis de recepción de honorarios contaminados por parte del defensor. Su punto de referencia viene constituido, por lo tanto, por los derechos fundamentales. Así, a pesar de que tanto la interpretación teleológica como la constitucionalmente conforme conducen a una reducción del ámbito de la tipicidad objetiva, se trata claramente de dos métodos interpretativos distintos. Esto no ha sido considerado por una parte de la doctrina que, en consecuencia, los confunde.<sup>126</sup>

Una interpretación constitucionalmente conforme fue formulada por el OLG de Hamburgo.<sup>127</sup> Según dicho tribunal una interpretación ceñida estrictamente al vasto tenor literal del § 261 II Nr. 1 StGB tendría consecuencias de gran alcance para el imputado, para el defensor y para la completa estructura del proceso penal.<sup>128</sup> La relación de confianza (protegida en atención al mandante) resulta afectada masivamente por una aplicación ilimitada del § 261 II Nr. 1 StGB.<sup>129</sup> Si es que el mandante efectivamente ha perpetrado el delito previo, entonces no podría informarle completamente a su defensor al respecto. Por lo tanto, debería siempre temer que el abogado, tan pronto tome conocimiento de aquello, rechace el pago de los honorarios y renuncie al mandato electivo.<sup>130</sup> Tratándose de clientes que cuenten con medios económicos dicha renuncia, en caso de un simultáneo requerimiento de asignación de defensor de oficio, tendría como efecto señalar que, desde ese momento, la continuación de la defensa en base a un mandato electivo le parecería jurídicamente riesgosa al defensor. Con ello, la disposición sustantiva del § 261 StGB conduciría a un comportamiento procesal con tendencia autoincriminatoria, que hasta ahora normalmente no

---

<sup>125</sup> BARTON, *StV*, 1993, p. 162.

<sup>126</sup> Así WOLHERS ha señalado que metodológicamente apreciada, a la sentencia del OLG Hamburg subyace como fundamento una reducción teleológica del § 261 II Nr. 1 StGB. WOHLERS, *StV*, 2001, p. 425.

<sup>127</sup> Sentencia del 6 de enero del año 2000.

<sup>128</sup> OLG Hamburg, NJW 2000, p. 676.

<sup>129</sup> OLG Hamburg, NJW 2000, p. 676.

<sup>130</sup> OLG Hamburg, NJW 2000, p. 676.

ha sido exigido ni respecto del imputado ni del defensor.<sup>131</sup> Por su parte, el abogado, en el marco la elucidación fáctica a él exigida, debería prestar cuidadosa atención de mantener su “buena fe” respecto del origen de los honorarios. Si, por el contrario, toma conocimiento de que su cliente es culpable y que habría obtenido objetos patrimoniales provenientes de un delito del catálogo, ello iría en contra de sus intereses económicos al verse forzado a devolver los honorarios pagados y a rechazar pagos subsecuentes. Por eso, finalmente, se compelería a una afectación del mandato.<sup>132</sup> Por lo demás, abogado y mandante estarían en peligro de tener que soportar embates, a través de medidas investigativas, en la –hasta el momento protegida– relación de confianza.<sup>133</sup> Como tales medidas vendrían en consideración el registro de la oficina del abogado, la incautación de documentos de la defensa y la posibilidad de vigilancia telefónica.<sup>134</sup>

Por esas razones existe una injerencia tanto en la libertad profesional del abogado como en el derecho del imputado a contar con el auxilio de un abogado de su elección en cada etapa del proceso (§ 137 StPO).<sup>135</sup> En el marco del análisis de la admisibilidad de dichas restricciones, el OLG Hamburg negó la proporcionalidad y la necesidad de una cobertura por el tipo de blanqueo de la percepción de honorarios contaminados por parte del abogado electivo.<sup>136</sup> Conforme a una ponderación de bienes entre, de un lado, los derechos fundamentales ya señalados y, de otro, la protección de la víctima y de la Administración de Justicia<sup>137</sup> ha de concluirse una restricción del tipo objetivo del § 261 II Nr. 1 StGB.<sup>138</sup> De ese modo se decidió: “La ponderación de bienes y las consideraciones sobre la necesidad y la determinación de la prohibición de percepción de bienes contaminados como honorarios de la defensa han demostrado que, por razones constitucionales, se requiere una interpretación del § 261 II Nr. 1 StGB que haga posible que la persona acusada de un delito del catálogo elija un defensor y pague por ello. Así, la relación de mandato es liberada de persecuciones e investigaciones criminales en base a la consideración de la necesidad del defensor como órgano de la Administración de Justicia interviniente en el proceso penal, luego de definir claramente sus límites de acción.”<sup>139</sup>

Esta solución, sin embargo, no rige de modo ilimitado. Ello porque el derecho del imputado a una defensa electiva y el del defensor a la libertad profesional no prevalecen frente a los intereses de la víctima perjudicada por el delito previo dirigidos a la obtención de la restitución. En ese caso el defensor sería punible.<sup>140</sup>

---

<sup>131</sup> OLG Hamburg, NJW 2000, p. 676.

<sup>132</sup> OLG Hamburg, NJW 2000, p. 676.

<sup>133</sup> OLG Hamburg, NJW 2000, p. 677.

<sup>134</sup> OLG Hamburg, NJW 2000, p. 677.

<sup>135</sup> OLG Hamburg, NJW 2000, p. 677.

<sup>136</sup> OLG Hamburg, NJW, 2000, p. 678 ss.

<sup>137</sup> OLG Hamburg, NJW, 2000, p. 680.

<sup>138</sup> OLG Hamburg, NJW, 2000, p. 680.

<sup>139</sup> OLG Hamburg, NJW, 2000, p. 681.

<sup>140</sup> OLG Hamburg, NJW, 2000, p. 680.

Una interpretación constitucionalmente conforme ha sido también apoyada por un sector de la doctrina<sup>141</sup> pero en base a otros argumentos. Esa aproximación se funda en base al art. 3 I y 12 GG<sup>142</sup>, el derecho a la libre elección de defensor<sup>143</sup> y el principio *nemo tenetur se ipsum accusare*<sup>144</sup>. Sin embargo y contrariamente a la sentencia del OLG Hamburg –según esta aproximación– la interpretación restrictiva debe operar sin limitaciones.<sup>145</sup>

d) La solución de la justificación (*Rechtfertigungslösung*).

Otro sector de la doctrina alemana propugna la llamada solución de la justificación.<sup>146</sup> La solución a nivel de la antijuridicidad se funda en primera línea en la inadmisibilidad de una reducción a nivel del tipo así como también en la función de las causas de justificación como reglas para la solución de colisiones de intereses.<sup>147</sup> En el marco de esta solución se debe preguntar, en primer término, si en el caso de percepción de dinero contaminado a título de honorarios por parte del defensor, ha de operar ilimitadamente una causa de justificación y, en segundo término, de dónde se podría derivar tal causa de justificación.

Para una parte de los representantes de este modelo, el blanqueo de capitales del defensor debe estar justificado por una causal de raigambre constitucional incluso cuando éste actúe dolosamente.<sup>148</sup> Según la primera formulación de una solución en sede de antijuridicidad,<sup>149</sup> una causa de justificación –procesalmente cimentada– resulta de la presunción de inocencia como fundamento de un proceso justo, de la relación imputado-defensor y del principio de igualdad de armas. Al Estado le está permitido afectar los derechos fundamentales del imputado y de terceros porque existe la mera posibilidad que una persona haya cometido un delito. Frente a ello, la contracara necesaria para la possibilitación o preservación de los presupuestos de una defensa eficaz consiste en garantizarle a ella un *bonus* de justificación provisional.<sup>150</sup> Debido a que el defensor puede partir de la inocencia del cliente para efectos de rechazar cualquier interferencia estatal en la relación de mandato, la sola presencia de una solicitud de defensa justificaría la percepción de honorarios y neutralizaría la sospecha de contaminación del delito previo.<sup>151</sup>

<sup>141</sup> GRÄFIN VON GALEN, «Der Verteidiger – Garnt eines rechtsstaatlichen Verfahren oder Mittel zu Inquisition? Der Beschuldigte – verteidigt oder verkauft?», *StV*, 2000, p. 583.

<sup>142</sup> GRÄFIN VON GALEN, *StV*, 2000, p. 580 ss.

<sup>143</sup> GRÄFIN VON GALEN, *StV*, 2000, p. 581 ss.

<sup>144</sup> GRÄFIN VON GALEN, *StV*, 2000, p. 582.

<sup>145</sup> GRÄFIN VON GALEN, *StV*, 2000, p. 583.

<sup>146</sup> BERNSMANN, *StV*, 2000, p. 41 ss.; HOMBRECHER, *Geldwäsche (§ 261 StGB) durch Strafrechtlicher?*, 2001, p. 143 ss.; HAMM, *NJW*, 2000, p. 636 ss.; AMBOS, *JZ*, 2002, p. 80 s.; LÜDERSEN, «Anmerkung. StGB par. 261 II 2 Nr. 1 (Geldwäsche durch Strafrechtlicher)», *StV*, 2000, p. 205 s.; BERNSMANN, *FS-Lüderssen*, 2002, p. 688 ss.

<sup>147</sup> HOMBRECHER, *Geldwäsche (§ 261 StGB) durch Strafrechtlicher?*, 2001, pp. 143 s.; BERNSMANN, *FS-Lüderssen*, 2002, p. 688.

<sup>148</sup> BERNSMANN, *StV*, 2000, p. 40; BERNSMANN, *FS-Lüderssen*, 2002, pp. 683, 688 y ss.; LÜDERSEN, *StV*, 2000, p. 206; HAMM, *NJW*, 2000, p. 636.

<sup>149</sup> BERNSMANN, *StV*, 2000, p. 40 ss.

<sup>150</sup> BERNSMANN, *StV*, 2000, p. 44.

<sup>151</sup> BERNSMANN, *StV*, 2000, p. 44.

Según otra opinión, una causa de justificación encontraría su origen en el Art. 12 GG y en el derecho del imputado a la libre elección de abogado defensor. De esos derechos resulta una causa de justificación supralegal bajo el recurso al principio del interés preponderante.<sup>152</sup> De un lado, son especialmente dignos de consideración los intereses del imputado y de la sociedad en la garantía de una efectiva defensa (electiva) como fundamento de un proceso justo, los que presuponen tanto la protección incondicionada de la relación de confianza entre defensor y mandante como la posibilidad del defensor de operar de forma financieramente independiente.<sup>153</sup> A lo anterior se contraponen los intereses de los ciudadanos en una efectiva lucha contra la criminalidad, que el § 261 StGB busca satisfacer a través del aislamiento económico de los autores en relación con sus utilidades delictivas y el fortalecimiento de la posición de las autoridades persecutorias.<sup>154</sup> En esa situación de ponderación prevalecerá según el ordenamiento penal vigente y la Constitución, el significado de una efectiva defensa penal que le garantice al individuo las mejores posibilidades de protección jurídica y al defensor un trato equitativo frente a los órganos públicos.<sup>155</sup>

Otros exponentes de la solución de la causa de justificación desarrollan una subjetivización del modelo<sup>156</sup> por el expediente de limitar la operatividad de la causa de justificación a los casos en los que el abogado no haya tenido conocimiento positivo del origen del honorario.<sup>157</sup> En esa línea se ha señalado que la legitimidad de la percepción de dinero “sospechoso” a título de honorarios de defensa es una consecuencia necesaria de la presunción de buena fe del defensor a favor de su mandante. Por eso fracasa la aseveración de tal legitimidad en los casos excepcionales en los que el mandante declara expresamente el origen delictivo del dinero ofrecido como honorarios.<sup>158</sup> Por lo tanto, el defensor actúa antijurídicamente cuando se procura, a título de honorarios, dinero cuyo origen delictivo le ha sido puesto positivamente en su conocimiento por la boca o la pluma de su mandante.<sup>159</sup> Ello por cuanto, en esa hipótesis, el defensor debe partir de la base de la culpa de su mandante (en vez de su inocencia) y de la falta de credibilidad del mismo (en lugar de su credibilidad).<sup>160</sup> En ese escenario jurídico, los intereses que entran en colisión, a saber, los legítimos intereses en el combate del blanqueo de capitales y el derecho del imputado a una efectiva defensa electiva, sólo pueden ser puestos en equilibrio a través de una solución de la antijuridicidad subjetivada,<sup>161</sup> y ello por el expediente de la construcción de una causa de justificación dependiente del dolo.<sup>162</sup>

---

<sup>152</sup> HOMBRECHER, *Geldwäsche (§ 261 StGB) durch Strafrechtlicher?*, 2001, pp. 147 s.

<sup>153</sup> HOMBRECHER, *Geldwäsche (§ 261 StGB) durch Strafrechtlicher?*, 2001, pp. 148 s.

<sup>154</sup> HOMBRECHER, *Geldwäsche (§ 261 StGB) durch Strafrechtlicher?*, 2001, p. 149.

<sup>155</sup> HOMBRECHER, *Geldwäsche (§ 261 StGB) durch Strafrechtlicher?*, 2001, p. 149.

<sup>156</sup> AMBOS, *JZ*, 2000, p. 70 y ss.; HAMM, *NJW*, 2000, p. 637 ss.

<sup>157</sup> BUSSENIUS, *Geldwäsche und Strafrechtlicherhonorar*, 2004, p. 132.

<sup>158</sup> HAMM, *NJW*, 2000, p. 638.

<sup>159</sup> HAMM, *NJW*, 2000, p. 638.

<sup>160</sup> AMBOS, *JZ*, 2002, p. 82.

<sup>161</sup> AMBOS, *JZ*, 2002, p. 82.

<sup>162</sup> AMBOS, *JZ*, 2000, p. 82.

e) La solución de la causa de exclusión de la punibilidad (*Strafausschließungslösung*)

BUSSENIUS<sup>163</sup> es de la opinión de que la cuestión del blanqueo de capitales a través de la percepción de honorarios de defensa contaminados ha de ser zanjada recurriendo a la categoría de las causas de exclusión de la punibilidad (*Strafausschließungsgrundes*). Con dicho término se designan exenciones penales materiales que se ubican más allá de la antijuridicidad y la culpabilidad y que, por lo tanto, no excluyen la aplicación del § 823 II BGB.<sup>164</sup> La noción de “causas de exclusión de punibilidad” comprende un grupo heterogéneo de circunstancias que sólo tienen en común que, a pesar de la verificación de un hecho culpable, la necesidad o el merecimiento de pena es negado por motivos político criminales o simplemente cede frente a intereses extrapenales.<sup>165</sup> Las regulaciones que excluyen la punibilidad debido a intereses extrapenales contrapuestos son causas materiales de exclusión de la punibilidad porque a ellas les corresponde la función de solucionar colisiones de intereses que dejan intacta la antijuridicidad.<sup>166</sup> Debido a que el privilegio del defensor se vincula a la salvaguardia de intereses extrapenales que están conectados con el acto en sí, es posible un privilegio a través de una causa de exclusión de la punibilidad.<sup>167</sup>

## f) Evaluación crítica de las soluciones alternativas

En contra de las aproximaciones que, en el marco de la teoría de la imputación objetiva, consideran a la percepción de honorarios de defensa contaminados como un riesgo permitido o como un comportamiento conforme al rol o socialmente adecuado, hablan las mismas consideraciones que juegan en contra de la teoría de la adecuación social en general. Ellas se pueden resumir del siguiente modo: es el mandato normativo del legislador el que determina qué es socialmente adecuado y no a la inversa.<sup>168</sup> Dentro de determinados límites el legislador debe estar facultado para evaluar nuevamente, a través de la correspondiente tipificación, un comportamiento que desde una perspectiva prejurídica es considerado usual y que es socialmente aprobado.<sup>169</sup> Las prestaciones profesionales, como la defensa penal, no fueron excluidas expresamente del ámbito de aplicación del § 261 StGB.<sup>170</sup> Por el contrario, los tipos de blanqueo de capitales deliberadamente conminan con pena formas de comportamiento habituales en sociedad.<sup>171</sup>

<sup>163</sup> BUSSENIUS, *Geldwäsche und Strafoverteidigerhonorar*, 2004, p. 162 ss.

<sup>164</sup> BUSSENIUS, *Geldwäsche und Strafoverteidigerhonorar*, 2004, p. 162.

<sup>165</sup> BUSSENIUS, *Geldwäsche und Strafoverteidigerhonorar*, 2004, p. 162 s.

<sup>166</sup> BUSSENIUS, *Geldwäsche und Strafoverteidigerhonorar*, 2004, p. 164.

<sup>167</sup> BUSSENIUS, *Geldwäsche und Strafoverteidigerhonorar*, 2004, p. 164 s.

<sup>168</sup> GRÜNER/WASSERBURG, GA, 2000, pp. 438-439. Como señala BARTON, debido a su grave indeterminación y a su claro carácter pre-jurídico, la teoría de la adecuación social ha de ser rechazada como correctivo típico autónomo y de validez general, BARTON, *StV*, 1993, p. 158.

<sup>169</sup> BARTON, *StV*, 1993, p. 158.

<sup>170</sup> BARTON, *StV*, 1993, p. 156.

<sup>171</sup> KATHOLNIGG, *NJW*, 2001, p. 2042.

Considérese a este respecto, en primer término, el razonamiento de la adecuación social: con la ayuda de ese criterio se intenta mostrar como atípica la causación de un resultado a través de formas de comportamiento cotidianas o usuales. Pero la cotidianeidad o la discreción social de una conducta no es en sí misma un valor jurídico relevante que le pueda conferir a la libertad general de acción un peso que la haga prevalecer por sobre los específicos intereses de protección. La integridad de un bien es protegida con independencia de si ha sido afectada a través de un comportamiento que en general es socialmente adecuado o a través de uno inadecuado.<sup>172</sup> En parte se ha intentado orientar funcionalmente el razonamiento de la adecuación social en base a consideraciones jurídico penales: el Derecho penal tendría la función de estabilizar expectativas legítimas; la pena sólo sería pertinente allí donde alguien defraude ese tipo de expectativas. De aquí se deduce: en la medida que alguien se mueva dentro de su rol social y legal y que, por lo tanto, ostente un comportamiento que sea explicable por motivos propios de dicho rol, no tendría que hacerse responsable por las consecuencias de tal comportamiento.<sup>173</sup> Pero la teoría no es convincente en cuanto plantea una tesis que, en buena medida, no es plausible. En efecto, ella pretende que las expectativas penalmente relevantes se relacionen con el comportamiento social externo, de modo que el comportamiento adecuado al rol no defrauda aun cuando el autor sepa las consecuencias de su conducta.<sup>174</sup> La teoría de la adecuación social, por lo tanto, no puede excluir la punibilidad de la percepción de honorarios contaminados por parte del defensor.<sup>175</sup>

Contra una interpretación conforme a la Constitución del tipo objetivo se ha dicho, desde una perspectiva metodológica, que ella encontraría sus límites allí donde entra en conflicto con el tenor literal y la clara voluntad del legislador.<sup>176</sup> Además, se ha dicho que una interpretación conforme a la Constitución requeriría la posibilidad de obtener varios resultados interpretativos, de los cuales uno o más llevaría a la inconstitucionalidad de la norma y al menos uno sería constitucional, razón por la cual ha de ser elegido.<sup>177</sup>

En contra una solución de la justificación habla la circunstancia de que una fundamentación dogmática de una causa de justificación no resulta clara.<sup>178</sup> La argumentación de BERNSMANN no convence. No es correcto que el defensor siempre pueda partir de la base de la inocencia de su mandante.<sup>179</sup> Dicha tesis, en consecuencia, a lo sumo puede valer para los casos de inocencia y para los casos grises, pero de ninguna manera de forma general para todos los casos.<sup>180</sup> Ella

---

<sup>172</sup> KINDHÄUSER, *FS-Mainwald*, 2010, p. 408.

<sup>173</sup> KINDHÄUSER, *FS-Mainwald*, 2010, p. 409.

<sup>174</sup> KINDHÄUSER, *FS-Mainwald*, 2010, p. 410. Supóngase que el cartero C, de forma puramente casual, toma conocimiento de que dentro del sobre que él ha dejado en el buzón hay una carta bomba con una carga explosiva mortal. Según la teoría de la conducta social adecuada al rol no se responsabilizaría penalmente a C por la muerte co-causada por él porque se habría desempeñado dentro de su rol social como cartero, al cual no pertenecería preocuparse del contenido de los sobres. KINDHÄUSER, *FS-Mainwald*, 2010, p. 410.

<sup>175</sup> KATHOLNIGG, *NJW*, 2001, p. 2042.

<sup>176</sup> SCHAEFER/WITTIG, *NJW*, 2000, p. 1388; BURGER/PEGLAU, *wistra*, 2000, p. 161 s.; MEHLHORN, *Der Strafrechtliche als Geldwäscher*, 2004, p. 152; SCHMIDT, *JR*, 2001, p. 450; REICHERT, *NStZ*, 2000, p. 317.

<sup>177</sup> MEHLHORN, *Der Strafrechtliche als Geldwäscher*, 2004, p. 152; BURGER/PEGLAU, *wistra*, 2000, p. 161.

<sup>178</sup> MATT, *FS-Rieß*, 2002, p. 756.

<sup>179</sup> KATHOLNIGG, *NJW*, 2001, p. 2042.

<sup>180</sup> KATHOLNIGG, *NJW*, 2001, p. 2042.

puede, por lo demás, valer para actuaciones procesales del defensor, como el ofrecimiento de medios de prueba sin tener que preocuparse de su posible origen dudoso. Sin embargo, la percepción de honorarios no constituye una actuación procesal.<sup>181</sup> De modo decisivo en contra la solución de la antijuridicidad habla, desde una perspectiva metodológica, la circunstancia de que, en primer término, las soluciones al problema han de ser buscadas en el ámbito de la interpretación del tipo,<sup>182</sup> sin que existan argumentos dignos de atención que puedan ser considerados recién en el nivel de la antijuridicidad.<sup>183</sup>

El último argumento esgrimido en contra de la solución de la justificación es igualmente predicable respecto de todas las soluciones alternativas que hacen algo distinto a emprender una reducción teleológica del tipo objetivo. Tales aproximaciones presuponen la tipicidad objetiva de la percepción de honorarios contaminados por parte del abogado defensor. Metodológicamente, dichas aproximaciones alternativas sólo pueden operar cuando la verificación del tipo objetivo sea afirmada. En caso de que una reducción teleológica del tipo objetivo fuera posible, todas dichas aproximaciones devendrían innecesarias.

El argumento más frecuentemente argüido en contra de una reducción teleológica del tipo objetivo se funda en la voluntad del legislador. En esa línea –y a modo de ejemplo– se ha dicho que, según dicha voluntad no debe haber excepciones a la punibilidad no existiendo, por lo tanto, argumentos subyacentes para una reducción teleológica.<sup>184</sup> También se ha dicho que la voluntad evidente del legislador no puede ser pasada por alto.<sup>185</sup> Si es posible deducir dicha voluntad de modo claro de los informes legislativos y si se trata de una ley joven, no habría espacio para una interpretación correctiva del tipo objetivo. De este modo, la inequívoca voluntad del legislador no podría ser desplazada por una interpretación teleológico-objetiva del contenido de la norma que, además, no puede ser averiguada de modo seguro.<sup>186</sup>

Es cierto que el legislador no deseó el establecimiento de excepciones regladas al ámbito de aplicación del § 261 StGB. Eso no implica, empero, que no haya espacio para una interpretación restrictiva.<sup>187</sup> Una ley tan pronto es aplicada desarrolla su propia eficacia la que supera aquello que el legislador ha previsto. La ley interviene en múltiples ámbitos vitales, los que no pueden ser advertidos por su totalidad por el legislador; hay respuestas a ciertas preguntas que el legislador ni siquiera se ha formulado.<sup>188</sup> De esto resulta, por cierto, que la indagación de la voluntad del legislador histórico no puede ser la meta última de la interpretación.<sup>189</sup> Las interpretaciones teleológicas sirven para restringir el ámbito de aplicación de una disposición en contra de su tenor literal a través de la adición de requisitos típicos no escritos o la introducción de excepciones no

---

<sup>181</sup> KATHOLNIGG, *NJW*, 2001, p. 2042.

<sup>182</sup> BGHSt 46, 36, 44 y BGHSt 46, 53, 54.

<sup>183</sup> MATT, *FS-Rieß*, 2002, p. 756.

<sup>184</sup> KATHOLNIGG, *NJW*, 2001, p. 2042.

<sup>185</sup> MATT, *FS-Rieß*, 2002, p. 742; MATT, *JR*, 2004, p. 326.

<sup>186</sup> AMBOS, *JZ*, 2002, p. 74.

<sup>187</sup> DIONYSOPOULOU, *Der Tatbestand der Geldwäsche*, 1999, p. 133.

<sup>188</sup> LARENZ/CANARIS, *Methoden Lehre der Rechtswissenschaft*, 3ª ed., 1995, p. 138.

<sup>189</sup> LARENZ/CANARIS, *Methoden Lehre der Rechtswissenschaft*, 3ª ed., 1995, pp. 138 s.

contempladas en la norma. La interpretación teleológica es la contrapartida de la analogía: una analogía opera cuando el tenor literal de la disposición es considerado como estrechamente redactado, una reducción teleológica, en cambio, opera cuando su redacción se considera muy amplia.<sup>190</sup>

## 6. Toma de posición. Propuesta de solución

A pesar de su amplitud gramatical, el ámbito de aplicación determinado por el tenor literal puede –y en su caso, debe– ser limitado mediante una interpretación teleológica. Formalmente, la norma de comportamiento está legitimada por la verificación de las condiciones de su validez en cuanto disposición jurídica. Por su parte, la legitimidad material del deber, conforme al entendimiento actual, se fundamenta por la finalidad consistente en la protección de bienes jurídicos.<sup>191</sup> Pero la orientación de la norma a dicho fin es problemática, dado que el fin de la norma trasciende su contenido legalmente fijado. Contrariedad a la norma no es, por eso, *eo ipso* también desviación del fin. El establecimiento de la contrariedad a la norma implica más bien el establecimiento de la desviación del fin sólo cuando (extensivamente) el cambio a través del cual el comportamiento prohibido es definido pertenece a la clase de cambios cuya evitación o impedimento es fin de la norma.<sup>192</sup>

El bien jurídico protegido por el § 261 II StGB (6.1) y el modo específico de su menoscabo (6.2) son, por lo tanto, puntos decisivos para discernir la cuestión de la punibilidad de la percepción de honorarios contaminados.

### 6.1. El bien jurídico protegido por el § 261 II StGB

En relación con la determinación del bien jurídico protegido por el § 261 StGB es casi imposible sobreponerse a la diversidad de opiniones.<sup>193</sup> Para una parte de la doctrina, a través del tipo de blanqueo de capitales, ha operado una despedida de un Derecho penal del hecho orientado a la protección de bienes jurídicos,<sup>194</sup> ya que es imposible identificar uno o más objetos de protección que puedan legitimar el § 261 en todo su alcance <sup>195</sup> o porque tal objeto es entendido de modo tan amplio que ya no tiene contenido.<sup>196</sup> Sin embargo, no se puede renunciar a la determinación de un bien jurídico, ya que es precisamente el fin consistente en su protección lo que le confiere legitimación material a las normas de comportamiento del tipo de blanqueo.

<sup>190</sup> PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 3ª ed., 2014, p. 147.

<sup>191</sup> KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, p. 13.

<sup>192</sup> KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, p. 13.

<sup>193</sup> BERNSMANN, *StV*, 2000, p. 42.

<sup>194</sup> FAHL, *Jura*, 2004, p. 166.

<sup>195</sup> ALTENHAIN, «§ 261», *NK*, 4ª ed., 2013, § 261, nm. 11.

<sup>196</sup> FAHL, *Jura*, 2004, p. 167.

## a) La integridad del circuito económico y financiero

Según este entendimiento, a la base de los objetivos legislativos del tipo penal de blanqueo de capitales –combate a la criminalidad organizada a través del impedimento de la acumulación de capital que será utilizado posteriormente con fines legales o ilegales– se encuentra el circuito financiero y económico legal como bien jurídico protegido,<sup>197</sup> el que debe ser salvaguardado frente a la mezcla con valores patrimoniales ilegales.<sup>198</sup> El legislador considera al reciclaje de dinero sucio, en tanto ocurra de modo organizado, como peligroso para los institutos financieros.<sup>199</sup> Otros autores, en cambio, consideran como bien jurídico protegido a la “confianza en la solidez del sistema financiero y económico legal”<sup>200</sup> o los “requisitos de funcionamiento de una competencia propia de una economía de mercado.”<sup>201</sup>

La aproximación según la cual el § 261 StGB protege la economía nacional de la corrupción no tiene respaldo en los materiales legislativos<sup>202</sup> ni mucho menos en la ley.<sup>203</sup> El tipo del § 261 StGB no se restringe a casos de reintegro por parte de una organización de valores patrimoniales delictivos ni a delitos precedentes que desde una perspectiva cuantitativa exhiban un correspondiente potencial de amenaza, o sea, que produzcan una cantidad de dinero sucio particularmente elevada.<sup>204</sup> Además, el tipo no presenta una relación particular con las instituciones crediticias, lo que sería esperable de ser la integridad del sistema financiero el bien jurídico protegido.<sup>205</sup> Como se ve, de la mano de esta aproximación, la discrepancia entre la determinación del bien jurídico y el tenor literal del tipo de blanqueo de capitales es tan grande, que no se puede recurrir a tal bien para fundamentar la punibilidad a título de blanqueo de

<sup>197</sup> SCHITTENHELM, «Alte und neue Probleme der Anschlußdelikte im Lichte der Geldwäsche», *FS- Lenckner*, 1998, p. 528. Ese bien jurídico sería protegido junto a la seguridad interior en el sentido de los §§ 129, 129a StGB. Según MAIWALD, la finalidad del tipo penal consiste en prevenir la introducción en el circuito financiero de objetos patrimoniales obtenidos ilegalmente. MAIWALD, «Auslegungsprobleme im Tatbestand der Geldwäsche», *FS-Hirsch*, 1999, p. 633

<sup>198</sup> LAMPE, «Der neue Tatbestand der Geldwäsche (§ 261 StGB) », *JZ*, 1994, p. 125.

<sup>199</sup> LAMPE, *JZ*, 1994, p. 126; Mehlhorn, *Der Strafverteidiger als Geldwäscher*, 2004, p. 62,

<sup>200</sup> VOGEL, «Geldwäsche – ein europaweit harmonisierter Straftatbestand?», *ZStW*, 1997, p. 351. Según una determinación del bien jurídico conforme a las directivas comunitarias “el aspecto individual de la confianza en la solidez del circuito financiero y económico legal se ubica claramente en primer plano”.

<sup>201</sup> Según BOTTKE el § 261 II StGB protege los requisitos de funcionamiento de una competencia propia de una economía de mercado a través de la conminación penal de la utilización de los ingresos derivados de la comisión de los delitos del catálogo. BOTTKE, «Teleologie und Effektivität der Normen gegen Geldwäsche», *wistra*, 1995, p. 124.

<sup>202</sup> Antes bien el legislador utiliza el concepto indeterminado “circuito financiero y económico legal” sólo para efectos de elucidación del proceso de blanqueo. NEUHEUSER, «§ 261», *MüKoStGB*, t. IV, 2012, nm. 9.

<sup>203</sup> KARGL, *NJ*, 2001, p. 60 y s.; BURR, *Geldwäsche. Eine Untersuchung zu § 261 StGB*, 1995, p. 27; SPISKE, *Pecunia olet? Der neue Geldwäschetatbestand § 261 StGB im Verhältnis zu den §§ 257, 258, 259 StGB, insbesondere zur straflosen Ersatzhehlerei*, 1998, p. 97; NEUHEUSER, «§ 261», *MüKoStGB*, t. IV, 2012, nm. 9.

<sup>204</sup> LEIP, *Der Straftatbestand der Geldwäsche. Zur Auslegung des § 261 StGB*, 1995, p. 46; KARGL, *NJ*, 2001, p. 60; PRITTWITZ, «Die Geldwäsche und ihre strafrechtliche Bekämpfung – oder: Zum Einzug des Lobbyismus in die Kriminalpolitik», *StV*, 1993, p. 499.

<sup>205</sup> NEUHEUSER, «§ 261», *MüKoStGB*, t. IV, 2012, nm. 9.

capitales.<sup>206</sup> Por lo demás, desde esta perspectiva, los efectos del blanqueo de capitales pueden ser tanto positivos como negativos.<sup>207</sup>

b) La seguridad interior

Según otra aproximación, el bien jurídico protegido por el § 261 –normalmente junto a otros bienes– sería la seguridad interior del Estado. Conforme a ello, los bienes jurídicos protegidos no serían aquellos que resultan afectados por el delito precedente, sino aquellos que, por el crecimiento de las estructuras mafiosas y el capital asociado a ellas, fueren puestos potencialmente en riesgo con posterioridad.<sup>208</sup> Bienes jurídicos del § 261 StGB son por ello –también en el inciso 2º– aquellos que serían puestos en peligro en el futuro a través de la criminalidad organizada y, con ello, la seguridad interior del la República Federal Alemana fungiría como objeto de protección.<sup>209</sup>

Desde ya resulta dudoso si el bien jurídico así descrito está suficientemente concretizado desde una perspectiva constitucional.<sup>210</sup> En todo caso, el catálogo de delitos previos contenido en el § 261 StGB ha cancelado todo intento de fundar la punibilidad del blanqueo de capitales en relación con las estructuras de la criminalidad organizada.<sup>211</sup> Esa opinión, por lo tanto, apenas puede compaginarse con el tenor literal del § 261 StGB.<sup>212</sup>

c) La Administración de Justicia y el bien jurídico menoscabado a través del delito previo

Según la fundamentación legislativa el bien jurídico protegido por el § 261 I StGB es el “cometido de la Administración de Justicia estatal consistente en erradicar los efectos de los delitos”<sup>213</sup>. Esa

<sup>206</sup> LEIP, *Der Straftatbestand der Geldwäsche*, 1995, p. 46. En concordancia con ello PRITTWITZ se refiere a la “funcionalidad de la economía” como un factor externo al Derecho penal. PRITTWITZ, *StV*, 1993, p. 499.

<sup>207</sup> BURR, *Geldwäsche. Eine Untersuchung zu § 261 StGB*, 1995, p. 27.

<sup>208</sup> BARTON, *StV*, 1993, p. 160; SPISKE, *Pecunia olet? Der neue Geldwäschetatbestand § 261 StGB im Verhältnis zu den §§ 257, 258, 259 StGB, insbesondere zur straflosen Ersatzhehlerei*, 1998, p. 97. Según KÖRNER/DACH “se trata menos de la persecución de delitos previos que del impedimento y prevención de delitos futuros y del retiro de utilidades delictivas”. KÖRNER/DACH, *Geldwäsche. Ein Leitfaden zum geltenden Recht*, 1994, p. 13.

<sup>209</sup> SPISKE, *Pecunia olet? Der neue Geldwäschetatbestand § 261 StGB im Verhältnis zu den §§ 257, 258, 259 StGB, insbesondere zur straflosen Ersatzhehlerei*, 1998, p. 97; BARTON, *StV*, 1993, p. 160; SCHMIDT/KRAUSE, «§ 261», *LK-StGB*, t. VIII, 2010, nm. 4; Según HEFENDEHL, las expresiones “bien jurídico del delito previo”, “seguridad interior del Estado” y “paz jurídica” no aluden a la protección de bienes jurídicos colectivos sino individuales. HEFENDEHL, «Kann und soll der Allgemeine Teil bzw. das Verfassungsrecht mißglückte Regelungen des Besonderen Teils retten? Die Geldwäsche durch den Strafverteidiger», *FS- Roxin*, 2001, p. 152.

<sup>210</sup> NEUHEUSER, «§ 261», *MüKoStGB*, t. IV, 2012, nm. 11. Esto vale a pesar de la limitación formulada por BARTON: “No se prohíbe cada afectación de la seguridad interior, sino que la prohibición va dirigida primordialmente a aquellas formas de conducta que, de forma organizada, mediante división del trabajo y orientadas a las ganancias pueden afectar la estructura del orden democrático del Derecho liberal y del Estado social de Derecho.” BARTON, *StV*, 1993, p. 160.

<sup>211</sup> KARGL, *NJ*, 2001, p. 60; LEIP, *Der Straftatbestand der Geldwäsche*, 1995, p. 49; SCHRÖDER/BERGMANN, *Warum die Selbstgeldwäsche straffrei bleiben muss*, 2013, p. 45, “[s]in duda el siempre creciente catálogo de delitos previos no tiene relación específica con la criminalidad organizada”.

<sup>212</sup> LEIP, *Der Straftatbestand der Geldwäsche*, 1995, p. 49.

<sup>213</sup> BT-Drs. 12/989, p. 27

comprensión es aprobada por la doctrina mayoritaria.<sup>214</sup> En relación con el § 261 II StGB se señaló en la misma fundamentación: “De modo similar al encubrimiento se considera que el bien jurídico es tanto aquel que es lesionado por el delito previo como también la Administración de Justicia.”<sup>215</sup> Dicha aseveración es suscrita por la doctrina dominante.<sup>216</sup>

Según dicha postura, el bien jurídico lesionado por el delito precedente sólo es protegido de forma contigua a la Administración de Justicia en la medida que el § 261 II sofoca el incentivo a la comisión del delito precedente a través del aislamiento del autor.<sup>217</sup> Se trata de impedir la lesión del bien jurídico protegido por el delito previo a través de la conminación penal del blanqueo de capitales.<sup>218</sup> Esa es la dimensión preventiva del tipo penal de blanqueo de capitales.<sup>219</sup>

#### d) Toma de posición

El tenor literal de la norma es el punto de partida para una indagación sistemática del bien jurídico.<sup>220</sup> La integridad del circuito financiero y económico y la seguridad interior no son compaginables con el tenor literal del § 261 StGB. Tales intereses no pueden contar como bienes jurídicos sino solamente como fines político criminales de la regulación. En concordancia con la doctrina dominante se puede sostener sintéticamente que la Administración de Justicia es el bien jurídico protegido por el blanqueo de capitales.<sup>221</sup> En este caso, la ordenación sistemática de las disposiciones da cuenta de la esencia de estas últimas. El fundamento de dicha clasificación no puede ser otro que su correlación interna.<sup>222</sup>

La Administración de Justicia no es un estado sino que constituye la actividad de las autoridades de justicia.<sup>223</sup> Antes que nada, por lo tanto, ha de indagarse qué se quiere decir, precisamente, con Administración de Justicia.<sup>224</sup> Ella se refiere a la protección de los intereses de elucidación, investigación y aseguramiento de la Administración de Justicia penal en relación con todo lo que provenga de los delitos precedentes señalados en el § 261 StGB.<sup>225</sup> El § 261 II StGB sirve a dichos intereses porque ellos se ven puestos en entredicho a través del traslado de los beneficios del delito a otros.<sup>226</sup> La mención de la preservación de la evidencia<sup>227</sup> y los intereses en la

<sup>214</sup> WESSELS/HILLENKAMP, *BT II*, 36ª ed., 2013, § 24, nm. 891; LACKNER, *StGB Kommentar*, § 261, nm. 1; OTTO, *BT*, 7ª ed., 2005, § 96, nm. 28; FERNANDEZ/HEINRICH, *ZStW*, 2014, p. 394.

<sup>215</sup> BT-Drs. 12/3533, p. 13

<sup>216</sup> JAHN, «§ 261», *SSW-StGB*, 2009, nm. 6; JAHN/EBNER, *JuS*, 2009, p. 597; WESSELS/HILLENKAMP, *BT II*, 36ª ed., 2013, § 24, nm. 894; BT-Drs. 12/989, p. 27; MITSCH, *BT II*, 2001, § 5, nm. 3; NEUHEUSER, «§ 261», *MiKoStGB*, t. IV, 2012, nm. 7, 12; DIETMEIER, «§ 261», *Strafgesetzbuch Kommentar*, 2013, nm. 2.

<sup>217</sup> SCHRÖDER/BERGMANN, *Warum die Selbstgeldwäsche straffrei bleiben muss*, 2013, p. 40.

<sup>218</sup> SCHRÖDER/BERGMANN, *Warum die Selbstgeldwäsche straffrei bleiben muss*, 2013, pp. 40 s.

<sup>219</sup> El carácter preventivo del § 261 StGB en DIONYSOPOULOU, *Der Tatbestand der Geldwäsche*, 1999, p. 72 ss.

<sup>220</sup> LEIP, *Der Straftatbestand der Geldwäsche*, 1995, p. 44.

<sup>221</sup> SCHRÖDER/BERGMANN, *Warum die Selbstgeldwäsche straffrei bleiben muss*, 2013, p. 46.

<sup>222</sup> DIONYSOPOULOU, *Der Tatbestand der Geldwäsche*, 1999, p. 48.

<sup>223</sup> BURR, *Geldwäsche. Eine Untersuchung zu § 261 StGB*, 1995, p. 22; SCHRÖDER/BERGMANN, *Warum die Selbstgeldwäsche straffrei bleiben muss*, 2013, p. 38.

<sup>224</sup> SCHRÖDER/BERGMANN, *Warum die Selbstgeldwäsche straffrei bleiben muss*, 2013, p. 38.

<sup>225</sup> SCHRÖDER/BERGMANN, *Warum die Selbstgeldwäsche straffrei bleiben muss*, 2013, p. 46.

<sup>226</sup> SCHRÖDER/BERGMANN, *Warum die Selbstgeldwäsche straffrei bleiben muss*, 2013, pp. 46 s.

reconstrucción de la cadena de valor<sup>228</sup> como fines adicionales del § 261 II es un modo de poner en relación el fin de aislamiento con el bien jurídico protegido.

## 6.2. El tipo de aislamiento como un delito de peligro contra la administración de justicia

### a) Los delitos de peligro (abstracto)

En el marco de la concepción del blanqueo de capitales como delito contra la Administración de Justicia se ha sostenido que el § 261 II StGB está concebido como un delito de peligro abstracto.<sup>229</sup> El así denominado “tipo de aislamiento” concierne al peligro abstracto de las actividades persecutorias que resulta de la obtención, depósito o empleo de un objeto “sucio”.<sup>230</sup> Esa penalización del trato con un objeto en el sentido del inciso 1º a través de un tercero, aun cuando este último no persiga un fin manipulador o no se ponga en peligro concreto la persecución penal, se explica como un delito de peligro abstracto para efectos de alcanzar la meta del inciso 2º (el aislamiento del autor y la intransferibilidad de los bienes).<sup>231</sup> Esa propiedad del tipo de aislamiento no ha sido suficientemente tratada. La consideración del inciso 2º como un delito de peligro abstracto tiene importantes consecuencias para el problema de la percepción de honorarios contaminados por el defensor. Previa al análisis de esas consecuencias se indagará en la estructura de los delitos de peligro abstracto.

El fin consistente en la protección del bien jurídico es un criterio de interpretación y legitimación del derecho positivo pero no forma parte de su contenido. Por lo demás, el deber relacionado con el derecho positivo no requiere una fundamentación material de la norma. En virtud de ambas consideraciones se plantea a la dogmática la tarea de diseñar las normas penales como normas autosuficientes, para así garantizar que la norma *formal* sea también un fundamento *material* del deber jurídico.<sup>232</sup> Que una norma sea autosuficiente quiere decir que sus elementos típicos establecen de modo definitivo la dañosidad de una forma de comportamiento cuya prohibición justifica.<sup>233</sup> Así, el tipo penal debe estar diseñado de modo tal que la realización (tentada) del tipo implique la insatisfacción (tentada) del fin de la norma.<sup>234</sup>

A las normas de los delitos de peligro abstracto no se les reconoce normalmente un fin genuino. Más bien se considera a la evitación de lesión del bien jurídico como fin de todas las normas de

<sup>227</sup> ALTENHAIN, «§ 261», NK, 4ª ed., 2013, nm. 114; ALTENHAIN, *Das Anschlußdelikt*, 2002, p. 420.

<sup>228</sup> BURR, *Geldwäsche. Eine Untersuchung zu § 261 StGB*, 1995, p. 81.

<sup>229</sup> JAHN, «§ 261», *StGB*, 2009, nm. 39; KARGL, NJ, 2001, p. 59; PETROPOULOS, «Der Zusammenhang von Vortat und Gegenstand in § 261 StGB – Die Problematik der sog. Teilkontamination des Gegenstands –», *wistra*, 2007, p. 241; DIETMEIER, «§ 261», *Strafgesetzbuch Kommentar*, 2013, nm. 17; HOYER, «§ 261», *SK-StGB*, 2012, nm. 18; FISCHER, «§ 261», *StGB*, 61ª ed., 2014, nm. 23.

<sup>230</sup> PETROPOULOS, *wistra*, 2007, p. 241; DIETMEIER, «§ 261», *Strafgesetzbuch Kommentar*, 2013, nm. 17; NEUHEUSER, «§ 261», *MüKoStGB*, t. IV, 2012, nm. 68.

<sup>231</sup> RUHMANSSEDER, «§ 261», *Beck'scher Online-Kommentar StGB*, 23ª ed., nm. 30.

<sup>232</sup> KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, p. 14.

<sup>233</sup> KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, p. 273.

<sup>234</sup> KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, p. 338.

comportamiento penales y no sólo de las prohibiciones de lesión. Tal perspectiva implica un problema específico de legitimación ya que el fin de la norma está limitado a su ámbito de validez. Las prohibiciones de peligro o no tienen un ámbito legítimo de aplicación<sup>235</sup> o son superfluas.<sup>236</sup> Si se parte de la base de que tanto a los delitos de lesión como a los de peligro les corresponde un injusto autónomo, entonces han de ser esbozadas las condiciones bajo las cuales los delitos de peligro abstracto y concreto pueden ser entendidos –más allá de un ingenuo paradigma de la agresión– como menoscabos específicos y, con ello, como portadores de un injusto autónomo.<sup>237</sup>

Si se entiende a los bienes jurídicos como propiedades de las personas, cosas o instituciones que sirven al libre desarrollo de la personalidad del individuo en un Estado social y democrático de Derecho, entonces, el valor de tales bienes radica en la función de posibilidad de la libertad. De ese modo, el valor de los bienes jurídicos resulta mellado cuando ellos son perturbados en su función consistente en ser un medio para el libre desarrollo de la personalidad.<sup>238</sup> Quien acepte esa premisa aceptará de buen grado, a su vez, que la posibilidad de un uso adecuado al fin de los bienes no sólo puede ser afectada por medio de su modificación sustancial.<sup>239</sup> En ese sentido ha de considerarse que sólo se puede hablar de un bien cuando la propiedad de que se trate posee un valor, o sea, cuando es de utilidad para alguien. A su vez, algo es de utilidad para alguien cuando puede emplearse –no sólo materialmente– de forma ventajosa para determinado fin. En esa medida, un bien resulta indudablemente menguado en su valor cuando es modificado sustancialmente. Pero del mismo modo es correcto aseverar que un bien también pierde su valor cuando, con motivo de una preocupación justificada, podría resultar dañado en el marco de determinadas disposiciones. En ese sentido la noción de la protección de bienes jurídicos debe abarcar, además de la garantía de la integridad del bien, la garantía de las posibilidades de disposición seguras del mismo.<sup>240</sup> No hay argumento atendible que explique por qué el Derecho penal sólo debiera proteger a los bienes jurídicos frente a afectaciones sustanciales.<sup>241</sup> Si los bienes jurídicos merecen protección penal no sólo frente a afectaciones sustanciales, se plantea entonces la pregunta de si –quizás– también el concepto de peligro ha sido entendido muy estrechamente cuando se lo define como un mero estadio previo a un resultado de lesión.<sup>242</sup>

---

<sup>235</sup> Si es que la integridad de un bien jurídico no es menoscabada a través de un peligro prohibido, entonces dicho comportamiento no afecta el fin de la norma, consistente en evitar lesiones al bien jurídico. KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, p.14.

<sup>236</sup> Si es que se menoscaba la integridad a través de un peligro prohibido dicho comportamiento es, al mismo tiempo, objeto (en concurso) de una prevalente prohibición de lesión, en caso de que tal prohibición exista. KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 14, 270.

<sup>237</sup> KINDHÄUSER, «Rechtsgüterschutz durch Gefährdungsdelikte», *FS-Krey*, 2010, pp. 263 s.

<sup>238</sup> KINDHÄUSER, *FS-Krey*, 2010, p. 257. Sobre el concepto de bien jurídico y su lesión, KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, p. 137 ss.

<sup>239</sup> KINDHÄUSER, *FS-Krey*, 2010, p. 257.

<sup>240</sup> KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, p. 19.

<sup>241</sup> KINDHÄUSER, *FS-Krey*, 2010, p. 258.

<sup>242</sup> KINDHÄUSER, *FS-Krey*, 2010, p. 258.

El concepto de peligro es normativo desde dos puntos de vista. De un lado, se relaciona con la posibilidad de acaecimiento de un acontecimiento dañoso no deseado por el hablante. De otro lado, implica la incapacidad física, psíquica o cognitiva, de evitación deliberada de la aparición de un daño. El momento de la inseguridad, por lo tanto, forma parte esencial del concepto de peligro. En otras palabras, peligro es inseguridad consciente.<sup>243</sup> Cuando un posible daño no puede ser evitado deliberadamente ello significa que su acaecimiento o su permanencia, desde la perspectiva del incapaz de evitar, depende de la casualidad. En esa medida, en el marco del concepto de peligro, el momento de la inseguridad puede reemplazarse, dada su equivalencia conceptual, por el elemento de la casualidad.<sup>244</sup> Así entonces, puede denominarse “delitos de peligro concreto” a la cobertura típica de un daño inminente cuya aparición, desde la perspectiva del bien, sólo depende del azar. Ellos son delitos cuyas normas prohíben la puesta en peligro o la causación de peligro a un bien.<sup>245</sup> De otro lado, se puede denominar como “peligros abstractos” aquellos casos en los que –paradigmáticamente– se verificarían todas las condiciones de un peligro en el evento de que un bien se encontrare en el lugar y la posición respectiva. Que un bien no se encuentre en tal lugar y posición debe depender aquí –nuevamente– de la casualidad.<sup>246</sup> Las normas de comportamiento de los delitos de peligro abstracto tienen como objeto formas de conducta que no están definidas a través de determinadas consecuencias asociadas a ellas (y que, por lo tanto, conciernen a actividades) o cuya consecuencia de conducta típica no es considerada como aquel daño cuya evitación es el fin de la norma.<sup>247</sup>

Los peligros abstractos pueden ser calificados como daños *sui generis*. Esto significa que es posible y justificado apreciar un menoscabo autónomo de un bien y no solamente un estadio previo a un resultado de lesión. Lo anterior, dado que los bienes no se pueden emplear racionalmente como medio para el libre desarrollo de la personalidad cuando no es suficientemente seguro que el bien no será dañado.<sup>248</sup> En dicha tesitura se presenta una situación en la que las necesarias condiciones de seguridad para una disposición racional de un bien no se encuentran garantizadas. En tales casos el bien sólo puede ser utilizado restringidamente perdiendo, por ello, valor para su titular.<sup>249</sup> El peligro abstracto no es una forma de ataque a bienes jurídicos sino una afectación de la seguridad normativamente asegurada.<sup>250</sup> La especificidad de las normas de los delitos de peligro abstracto estriba en garantizar la disposición despreocupada del bien, no su integridad.<sup>251</sup>

---

<sup>243</sup> KINDHÄUSER, *FS-Krey*, 2010, p. 259.

<sup>244</sup> KINDHÄUSER, *FS-Krey*, 2010, p. 260.

<sup>245</sup> KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, p. 189. El peligro concreto es la incapacidad de repeler dirigidamente la virtualidad dañosa de una determinada condición; un bien es puesto en peligro concreto cuando no es posible adoptar medidas adecuadas para impedir una probable afectación por medio del ámbito de organización de su titular. KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, p. 277 s. Véase también pp. 210 s., 214 s.

<sup>246</sup> KINDHÄUSER, *FS-Krey*, 2010, pp. 259 s.

<sup>247</sup> KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, p. 225.

<sup>248</sup> KINDHÄUSER, *FS-Krey*, 2010, pp. 261 s.

<sup>249</sup> KINDHÄUSER, *FS-Krey*, 2010, p. 268.

<sup>250</sup> KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, p. 290. Por lo tanto, la lesión del bien jurídico como criterio material de la antinormatividad no es punto de referencia para el injusto ni para el reproche de culpabilidad. KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, p. 290.

<sup>251</sup> KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, p. 294.

b) La Administración de Justicia como bien jurídico institucionalmente generado

Hay bienes que no se presentan como tales de modo sustancial, sino que son generados permanentemente de modo institucional. Tales bienes, que al momento del hecho ni siquiera existen sino que recién entonces deben ser generados, no pueden ser razonablemente protegidos – o en todo caso no exclusivamente– frente a lesiones. Antes bien, ellos se garantizan, en primera línea, por el expediente de asegurar suficientemente las condiciones bajo las cuales son generados. En otras palabras, debe evitarse que la generación del bien sea frustrada u obstaculizada. Ejemplar a este respecto resulta la protección de la Administración de Justicia.<sup>252</sup>

En el caso de ese preciso bien jurídico generado institucionalmente éste consiste, de un lado, en una actividad y su resultado (el bien jurídico) y, de otro, en el conjunto de condiciones bajo las cuales el bien puede ser generado. Un ejemplo al respecto es la protección de la Administración de Justicia en el marco de los delitos de declaración falsa (*Aussagedelikten*). En esa constelación es tarea de la Administración de Justicia resolver conflictos jurídicos correctamente.<sup>253</sup> Resultado de dicha actividad es la sentencia jurídicamente correcta. La seguridad de que los testigos y peritos observen su deber de decir la verdad pertenece a las condiciones marco que deben ser cumplidas para que el tribunal pueda dictar una sentencia jurídicamente correcta. En esa medida, la seguridad así garantizada no es un reflejo de la protección de un bien jurídico a través de una prohibición de lesión sino una condición para que el bien jurídico de la sentencia jurídicamente correcta pueda ser generado.<sup>254</sup> Los delitos de declaración falsa son, por lo tanto, un típico ejemplo de la aplicación práctica, razonable y necesaria de la prohibición de delitos de peligro abstracto.<sup>255</sup>

En el marco de la protección de la Administración de Justicia por el § 261 II StGB, la correspondiente actividad que crea el bien jurídico es la actividad de esclarecimiento, investigación y aseguramiento de las autoridades investigativas jurídicamente conforme y adecuada a la verdad. Resultado de dicha actividad es la correcta realización de la pretensión punitiva estatal. A las condiciones marco que deben ser cumplidas para que el Estado pueda realizar tal pretensión pertenece la preservación de la evidencia para lograr la reconstrucción de la cadena de valor. La inobservancia de la prohibición de contacto del § 261 II StGB podría, por lo tanto, dificultar o frustrar la realización de la pretensión punitiva estatal. En tal medida el aislamiento del autor del delito precedente es una condición para que el bien jurídico de la correcta realización de la pretensión punitiva estatal pueda ser generado.

Esa prohibición de peligros abstractos por medio del aseguramiento de la disposición sobre bienes, asegurando la labor exenta de peligros de las autoridades investigativas, cede a favor del

---

<sup>252</sup> KINDHÄUSER, *FS-Krey*, 2010, p. 265.

<sup>253</sup> KINDHÄUSER, *FS-Krey*, 2010, p. 266.

<sup>254</sup> KINDHÄUSER, *FS-Krey*, 2010, p. 267.

<sup>255</sup> KINDHÄUSER, *FS-Krey*, 2010, p. 267.

individuo.<sup>256</sup> El comportamiento principal cuya ejecución despreocupada debe ser asegurada es la actividad de las autoridades de persecución penal. La incapacidad de las autoridades investigativas para prevenir un daño que necesita compensación normativa concierne a la evitación de errores en la reconstrucción del correspondiente supuesto de hecho. Se trata del objetivo del aseguramiento de una reconstrucción verídica de la hipótesis fáctica relevante para la decisión.<sup>257</sup>

c) La defensa electiva como requisito de una correcta realización de la pretensión punitiva estatal

Pero la preservación de la evidencia a través de la prohibición de obtención no es el único presupuesto para una correcta realización de la pretensión punitiva estatal. Ella es una pretensión de realización del derecho material que presupone la averiguación de la verdad. Pero esa pretensión se desarrolla en el marco del proceso penal donde la justicia material (indagación de la verdad y realización del Derecho penal) no rige ilimitadamente. No puede ser el sentido del proceso penal contribuir –a través de la sospecha de comisión de un delito– al conflicto penal y, con ello, perturbar de otro modo la paz jurídica como cuando a través de las investigaciones se lesionan derechos. El Derecho procesal penal, por lo tanto, debe tomar en consideración intereses contrapuestos, especialmente debe determinar los límites de la persecución penal derivados del respeto de los derechos del individuo (por ejemplo, el § 136a StPO).<sup>258</sup> Una Administración de Justicia penal propia de un Estado de Derecho debe compaginar su funcionalidad con una total salvaguardia de las formas jurídicas; sólo cuando hace eso, puede restablecer la paz jurídica.<sup>259</sup> En el marco del proceso penal, la realización de la pretensión punitiva estatal requiere un proceso correcto. La realización de la justicia procesal en el sentido de la constitucionalidad y legalidad de las formas procesales<sup>260</sup> es un límite para la obtención de la justicia material. La verdad no puede ser pesquisada a cualquier precio. Hay intereses que impiden la averiguación de la verdad y que, no obstante, deben ser protegidos en un Estado de Derecho.<sup>261</sup> Entre esos intereses se cuenta el derecho a un abogado defensor (electivo).

El abogado defensor es un “órgano de la Administración de Justicia”. Con ello se alude al anclaje de la institución en el principio del Estado de Derecho a través del derecho del imputado de contar en el proceso penal con un abogado de su confianza,<sup>262</sup> derecho consagrado constitucionalmente (Art. 2 I GG en relación con el principio de Estado de Derecho) y en tratados de derechos humanos (Art. 6 III c CEDH) Sólo cuando existe una relación de confianza entre el

<sup>256</sup> Véase KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, p. 310.

<sup>257</sup> Véase KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, p. 310, que emprende una interpretación análoga para los delitos de declaración falsa.

<sup>258</sup> KINDHÄUSER, *Strafprozessrecht*, 3ª ed., 2013, p. 33, nm. 11.

<sup>259</sup> ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, 28 ed., 2014, p. 4.

<sup>260</sup> KINDHÄUSER, *Strafprozessrecht*, 3ª ed., 2013, p. 33, nm. 12. Una sentencia, aun cuando se dicte en contra del culpable, sólo es ajustada a la regulación procesal cuando no ha sido lesionada ninguna garantía formal del imputado. ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, 28 ed., 2014, p. 2.

<sup>261</sup> VOLK/ENGLÄNDER, *Grundkurs StPO*, 8ª ed., 2013, p. 4.

<sup>262</sup> MÜSSIG, *wistra*, 2005, p. 203.

imputado y el defensor, este último puede cumplir su función y, de ese modo, el derecho a un abogado defensor (electivo) es respetado. En tanto la sospecha de blanqueo de capitales pueda concernir a un defensor durante una relación de mandato vigente, la institución de la defensa penal permanece en peligro y, con ella, un proceso penal que pretende ser justo y –al menos tendencialmente– garantizar igualdad de armas entre el acusado y la acusador.<sup>263</sup> La defensa se torna imposible o, en todo caso, resulta considerablemente afectada.<sup>264</sup> Eso se explica porque, en caso de una penalización del defensor penal, la –múltiplemente garantizada en el StPO– relación de confianza entre el defensor y el mandante (“esfera procesal penal de secreto inalienable”)<sup>265</sup> es afectada masivamente.<sup>266</sup> En ese caso el defensor penal sería puesto en peligro de hacerse punible a título del § 261 StGB o, en la hipótesis de una denuncia prematura de un caso sospechoso, de hacerse responsable de indemnización de perjuicios. La consecuencia sería que el defensor penal debería cerciorarse (antes de asumir el mandato) de que su mandante, dado el caso, no viene en consideración como autor de los delitos previos en el sentido del § 261 StGB. Bajo dichas circunstancias, sin embargo, no es posible, construir la relación de confianza que resulta indispensable para la conducción de la defensa.<sup>267</sup>

Por lo tanto, cabe preguntarse cómo puede un defensor ejercer aun su labor cuando debe lidiar cotidianamente con la posibilidad de ser, en cuanto imputado, objeto de intervenciones telefónicas conforme al § 100 a Nr. 2 StPO.<sup>268</sup> De esta forma una defensa electiva prácticamente no vendría más en consideración en determinados ámbitos delictivos y/o para determinados grupos de imputados, porque nadie que estuviera en esa situación podría enfrentar seriamente la tarea de defensor y, al mismo tiempo, exponerse al riesgo de una persecución penal o, de lo contrario, trabajar *pro bono*.<sup>269</sup> Si de todos modos el imputado encontrara un defensor electivo, la relación de confianza entre ellos, dado el riesgo de investigación, sería perturbada y la libre comunicación en el sentido del § 148 StPO al menos fácticamente afectada.<sup>270</sup> A pesar de que existieran prohibiciones probatorias que resulten de los §§ 97 I Nr. 2 y 53 I Nr. 2 ellas no serían adecuadas para restablecer o resguardar la confianza en la inmunidad de la relación de imputado-defensor. La calidad de la defensa electiva en el proceso penal sería, por lo tanto, amenazada cuando el abogado defensor involucrado en la problemática del blanqueo de capitales tenga que defender intereses propios que pueden entrar en contradicción con su posición como sujeto procesal auxiliar.<sup>271</sup> En esa tesitura, ya no sería posible velar por intereses de terceros.<sup>272</sup>

---

<sup>263</sup> BERNSMANN, *StV*, 2000, p. 43.

<sup>264</sup> BERNSMANN, *StV*, 2000, p. 41.

<sup>265</sup> Por ejemplo, el principio de la libre comunicación con el defensor, de acuerdo al § 148, incluida la prohibición de escuchas en el sentido de los §§100a, 100c StPO; el derecho a guardar silencio de los testigos conforme al §53 I Nr. 3 StPO; la prohibición de incautación de documentos de la defensa conforme al § 97 StPO.

<sup>266</sup> MATT, *FS-Rieß*, 2002, p. 750.

<sup>267</sup> HAMM, *NJW*, 2000, p. 636.

<sup>268</sup> BERNSMANN, *StV*, 2000, p. 41.

<sup>269</sup> WOHLERS, *JZ*, 2004, p. 679.

<sup>270</sup> AMBOS, *JZ*, 2002, p. 72.

<sup>271</sup> GRÜNER/WASSERBURG, *GA*, 2000, p. 443; MEHLHORN, *Der Strafverteidiger als Geldwäscher*, 2004, p. 146.

<sup>272</sup> MEHLHORN, *Der Strafverteidiger als Geldwäscher*, 2004, p. 146.

A través de la criminalización del defensor, al acusado se le privaría del derecho constitucional a un debido proceso, en la medida en que fuera de los casos de defensa necesaria en el sentido del § 140 StPO no existiría ninguna posibilidad de contar con una defensa técnica porque ningún defensor querrá trabajar gratuitamente.<sup>273</sup> En este punto hay que considerar que la CEDH consagra expresamente el derecho del acusado a defenderse por sí mismo o contar con el auxilio de un abogado de su elección (Art. 6 III c CEDH). Por eso en los casos en los que la defensa de oficio es posible, igualmente es dable constatar una contravención a una disposición supralegal. La insoslayable labor profesional del defensor presupone su independencia.<sup>274</sup> La penalización de la percepción de honorarios contaminados puede afectar en su existencia económica a muchos defensores penales. Así, se ha dicho que, sin la posibilidad de ser retribuida económicamente, la profesión del defensor penal perdería atractivo para “buenos” juristas. Con ello, la afectada es la defensa penal como institución.<sup>275</sup> El derecho del imputado de poder elegir “libremente” un defensor, quedaría puesto en entredicho severamente también cuando nadie más encuentre a alguien que quiera asumir el riesgo de una persecución penal en su contra.<sup>276</sup>

En este punto resta señalar que el verdadero fundamento para una interpretación restrictiva del § 261 II Nr. 1 StGB no puede estribar en la protección de la libertad de trabajo de los abogados para desempeñarse como defensores, sino que debe radicar en la garantización del derecho del imputado a una efectiva defensa a través de un defensor de su confianza.<sup>277</sup> El derecho a la libre elección del defensor no se trata de un derecho fundamental originario del defensor sino solamente de un reflejo de los intereses estatalmente protegidos del imputado.<sup>278</sup> Esta es la forma específica en que el interés del defensor de desempeñarse como defensor electivo del imputado resulta digno de protección.<sup>279</sup> Así, la especial protección del defensor penal no se sigue de su interés originario en un ejercicio libre de su profesión sino que, por el contrario, se sigue de la circunstancia consistente en que es un sujeto procesal auxiliar del imputado, cuyo derecho supralegal a una defensa efectiva a través de un defensor de confianza tiene que ser garantizado.<sup>280</sup> El privilegio del defensor penal no es un fin en sí mismo sino que resulta –en la forma de una protección refleja– de la específica tarea y función que debe cumplir en el marco de un debido proceso.<sup>281</sup>

Bajo Administración de Justicia, por lo tanto, ha de entenderse no sólo la persecución penal.<sup>282</sup> A ella también pertenece la protección de los derechos de los imputados.<sup>283</sup> De ese modo, una

---

<sup>273</sup> KULISCH, *StraFo*, 1999, p. 338. Esto resulta de la circunstancia consistente en que son concebibles casos en los que no se verifican los requisitos de una defensa de oficio ni, dada la gravedad del hecho o la dificultad fáctica o jurídica, según el § 140 II StPO la intervención de un defensor es obligatoria.

<sup>274</sup> MATT, *FS-Rieß*, 2002, p. 749.

<sup>275</sup> BERNSMANN, *FS-Lüderssen*, 2002, p. 687.

<sup>276</sup> WOHLERS, *StV*, 2001, p. 426, n.p. 66.

<sup>277</sup> WOHLERS, *JZ*, 2004, p. 678.

<sup>278</sup> GRÜNER/WASSERBURG, *GA*, 2000, p. 443; AMBOS, *JZ*, 2002, p. 74.

<sup>279</sup> MEHLHORN, *Der Strafrechtliche als Geldwäscher*, 2004, p. 147.

<sup>280</sup> WOHLERS, *JZ*, 2004, p. 680.

<sup>281</sup> WOHLERS, *JZ*, 2004, p. 680.

<sup>282</sup> KULISCH, *StraFo*, 1999, p. 339.

defensa penal operativa forma parte de una Administración de Justicia en funcionamiento.<sup>284</sup> Como contrapartida al monopolio de la acusación que ostenta el Ministerio Público, la defensa asume la posición de la “crítica institucionalizada”. El defensor es el sujeto procesal auxiliar del imputado y, con ello, parte fundamental de una relación de legitimación a través del proceso.<sup>285</sup> En dicha relación ha de considerarse también el libre ejercicio de la profesión por parte del defensor. Así, el derecho a la libre elección del defensor y el principio del libre ejercicio de la abogacía son requisitos esenciales de un proceso penal en el que el imputado no es convertido en mero objeto de la actuación estatal, sino que, por el contrario, supone su posición como sujeto procesal y, con ello, la posibilidad de ejercer efectivamente los derechos asociados a tal posición.<sup>286</sup> El tipo del § 261 StGB sólo puede abarcar conductas que no pongan al ordenamiento jurídico en contradicción interna en consideración a la institución de la defensa penal.<sup>287</sup>

Para finalizar, es preciso señalar que el interés en el desempeño profesional del defensor penal (electivo) no sólo radica en el ámbito individual sino que también forma parte del interés de la comunidad en una Administración de Justicia efectiva y propia de un Estado de Derecho.<sup>288</sup> Ella sólo puede cumplir su tarea consistente en servir al libre desarrollo del individuo en un Estado social y democrático de Derecho cuando la institución de la defensa electiva y su base –la relación de confianza– permanecen intactas.

La argumentación anterior debe desenvolverse en el marco de la tipicidad objetiva, negando su verificación. Lo anterior, no sólo porque ello ofrece un piso más sólido para la garantía de una un defensa (electiva) sino también porque en el caso de bienes jurídicos generados institucionalmente deben ser consideradas todas las condiciones de su generación para efectos de establecer su afectación. En el contexto del Derecho procesal alemán es requisito para la plasmación de una correcta realización de la pretensión punitiva estatal no sólo una actividad investigativa apegada a la verdad sino también una efectiva defensa electiva.

## 7. Conclusiones

Tanto el tenor literal como el fin específico del § 261 II StGB abarcan la percepción de honorarios contaminados por parte del defensor. Sin embargo, la problemática del blanqueo de capitales del abogado defensor sólo puede analizarse adecuadamente bajo la consideración de los principios que informan la posición del defensor en el proceso penal. La defensa electiva goza de un estatus especial que encuentra basamento en la Constitución alemana y en la CEDH. Dicha institución requiere de una relación de confianza entre el imputado y el defensor. Tal situación jurídica conduce a una colisión de intereses entre el combate penal del blanqueo de capitales y el derecho

---

<sup>283</sup> BARTON, *StV*, 1993, p. 162; KULISCH, *StraFo*, 1999, p. 339.

<sup>284</sup> BARTON, *StV*, 1993, p. 162.

<sup>285</sup> MÜSSIG, *wistra*, 2005, p. 203.

<sup>286</sup> MÜSSIG, *wistra*, 2005, p. 203.

<sup>287</sup> MATT, *FS-Rieß*, 2002, p. 763.

<sup>288</sup> MÜSSIG, *wistra*, 2005, p. 203.

del imputado a una defensa efectiva a través de un defensor de su confianza. Con ello la institución de la defensa electiva como tal es puesta en peligro. La posición que rechaza la impunidad general del defensor pasa por alto el conflicto de fines que se suscita entre las finalidades que el legislador persigue con el § 261 StGB y aquellas de la institución de la defensa electiva. Por lo tanto, una solución ha de ser buscada.

La solución del dolo del BVerfG no es suficiente para resguardar la aptitud funcional de la defensa electiva en el proceso penal en la medida que ella puede ser afectada a través de medidas investigativas. Una solución del dolo asegurada procesalmente tampoco es suficiente. Más allá de eso, es inadmisibles buscar una solución en el marco del tipo subjetivo en el caso de que ésta pueda desarrollarse en el marco del tipo objetivo. El tipo objetivo designa el objeto, el dolo y la imprudencia denotan fundamentos para la atribución de la responsabilidad penal. Asimismo, hay objeciones que formular tanto en contra de las soluciones de la adecuación social, de la justificación y de la causa de exclusión de la punibilidad como de la interpretación conforme a la Constitución del tipo objetivo. Ellas presuponen la tipicidad objetiva de la percepción de honorarios contaminados. Desde una perspectiva metodológica dichas alternativas interpretativas sólo podrían valer en la medida que se afirme la verificación de la tipicidad objetiva: en caso de que sea posible una reducción teleológica del tipo objetivo todas dichas aproximaciones devienen impertinentes.

El legislador no quiso establecer excepciones regladas al ámbito de aplicación del § 261 StGB. Ello no quiere decir, empero, que no haya más espacio para una interpretación restrictiva. A pesar de la amplitud del tenor literal éste puede –y, dado el caso, debe– ser delimitado a través de una interpretación teleológica, dado que la justicia material del deber está fundada en el fin de protección de bienes jurídicos. El bien jurídico protegido por el § 261 II StGB y la forma específica de su menoscabo son, por lo tanto, decisivos para resolver el problema de la percepción de honorarios contaminados por parte del abogado defensor. La Administración de Justicia es el bien jurídico protegido por el tipo de aislamiento. Con ello se alude a la protección de los intereses de esclarecimiento, investigación y aseguramiento de la Administración de Justicia penal en relación con todo lo que provenga de los hechos previos señalados en el § 261 StGB. En el marco de la concepción del blanqueo de capitales como delito contra la Administración de Justicia se ha sostenido que el inciso 2º está concebido como un delito de peligro abstracto. El tipo de aislamiento del § 261 II StGB concierne al peligro abstracto de la actividad de persecución penal, el que resulta de la adquisición, depósito o empleo de un bien “sucio”.

En el caso de los delitos de peligro abstracto ha de apreciarse un menoscabo autónomo de un bien y no sólo un estadio previo a un resultado de lesión. La especificidad de las normas de los delitos de peligro abstracto radica en la garantía de la disposición despreocupada de un bien, no de su integridad. Hay bienes que no se presentan como tales de modo sustancial sino que son generados permanentemente de modo institucional. Dichos bienes son garantizados, en primera línea, asegurando suficientemente las condiciones bajo las cuales son generados. Tal es el caso de la Administración de Justicia a través del § 261 II StGB. A las condiciones que deben ser

cumplidas para que el Estado pueda realizar su pretensión penal, pertenece la preservación de la evidencia para lograr la reconstrucción de la cadena de valor: el aislamiento del autor del delito previo a través de la prohibición de obtención es una condición para que el bien jurídico de la correcta realización de la pretensión penal estatal pueda ser generado. Se trata del aseguramiento de una reconstrucción apegada a la verdad del supuesto de hecho relevante para la decisión. Esa prohibición de peligros abstractos busca garantizar mediatamente la disposición sobre bienes en la medida en que asegura la labor exenta de peligros de las autoridades investigativas, que a su vez realizan su tarea en pos del individuo.

Pero la mantención de la evidencia a través de la prohibición de obtención no es el único requisito para una correcta realización de la pretensión penal estatal. En el marco del proceso penal la justicia material (averiguación de la verdad y realización del Derecho penal) no rige indiscriminadamente. La realización de la pretensión penal estatal requiere justicia en el sentido de la constitucionalidad y legalidad de las formas procesales. Hay intereses que impiden la averiguación de la verdad y que, a pesar de ello, deben ser protegidos en un Estado de Derecho.<sup>289</sup> Dentro de esos intereses se cuenta el derecho del imputado de contar con un defensor de su confianza en el proceso penal.

Únicamente cuando existe una relación de confianza entre el imputado y el defensor, este último puede cumplir su función y el derecho a defensa (electiva) es respetado. En tanto la sospecha de blanqueo pueda alcanzar al defensor durante el curso de su mandato, la institución de la defensa penal permanece en peligro y, con ella, un proceso penal que aspira a ser justo y a garantizar, al menos tendencialmente, la igualdad de armas entre acusados y acusadores. Bajo la Administración de Justicia como bien jurídico protegido por el § 261 II StGB, por lo tanto, no ha entenderse sólo la persecución penal. A la Administración de Justicia pertenece también la protección de los intereses de los imputados. Por eso a una Administración de Justicia funcional pertenece una defensa penal en funcionamiento. La Administración de Justicia sólo puede cumplir su tarea de servir al libre desarrollo de la personalidad en un Estado social y democrático de Derecho cuando la institución de la defensa (electiva) y su base –la relación de confianza– permanecen incólumes.

La tipicidad objetiva de la percepción de honorarios contaminados por parte del defensor, por lo tanto, ha de ser negada, porque en el caso de bienes jurídicos institucionalmente generados han de considerarse todas las condiciones de su generación para establecer su menoscabo. En el marco del Derecho procesal alemán es requisito para la plasmación de una correcta realización de la pretensión penal estatal no sólo una actividad persecutoria apegada a la verdad sino también una efectiva defensa electiva.

## 8. Bibliografía

---

<sup>289</sup> VOLK/ENGLÄNDER, *Grundkurs StPO*, 8ª ed., 2013, p. 4.

ALTENHAIN (2013), «§ 261 Geldwäsche, Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte», en KINDHÄUSER *et al.* (eds.), *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, t. III, 4<sup>a</sup> ed., Nomos, Baden-Baden.

————— (2002), *Das Anschlußdelikt. Grund, Grenzen und Schutz des staatlichen Strafanspruchs und Verfallsrechts nach einer individualistischen Strafrechtsauffassung*, Mohr Siebeck, Tübingen.

AMBOS (2002), «Annahme „bemakelten“ Verteidigerhonorars als Geldwäsche?», *Juristen Zeitung*, pp. 70 ss.

BARTON (1993), «Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche (§ 261 StGB)», *Strafverteidiger*, pp. 156 ss.

BERNSMANN (2002), «Der Rechtsstaat wehrt sich gegen seine Verteidiger. Geldwäsche durch Strafverteidiger?», en PITTWITZ *et al.* (eds.), *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, pp. 682 ss.

————— (2000), «Das Grundrecht auf Strafverteidigung und die Geldwäsche. Vorüberlegungen zu einem besonderen Rechtfertigungsgrund», *Strafverteidiger*, pp. 40 ss.

BOTTKE (1995), «Teleologie und Effektivität der Normen gegen Geldwäsche», *Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, pp. 87 ss.

BRÜNNING (2006), «Die Strafbarkeit des Insolvenzverwalters wegen Geldwäsche gem. § 261 StGB», *Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, pp. 241 ss.

BURGER/PEGLAU (2000), «Geldwäsche durch Entgegennahme „kontaminierten“ Geldes», *Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, pp. 161 ss.

BURR (1995), *Geldwäsche. Eine Untersuchung zu § 261 StGB*, Republica, Verlag Franz Schmitt, Siegburg.

BUSSENIUS (2004), *Geldwäsche und Strafverteidigerhonorar*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.

DIETMEIER (2013), «Geldwäsche, Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte», en MATT *et al.* (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, Verlag Franz Vahlen, München.

DIONYSOPOULOU (1999), *Der Tatbestand der Geldwäsche. Eine Analyse der dogmatischen Grundlagen des § 261 StGB*, Peter Lang, Fráncfort del Meno-Berlín-Berna-Nueva York, París, Viena.

FAHL (2004), «Grundprobleme der Geldwäsche (§ StGB)», *Juristische Ausbildung*, pp. 160 ss.

FERNANDEZ/HEINRICH (2014), «Die Strafbarkeit des Strafverteidigers wegen Geldwäsche durch Annahme des Honorars nach südafrikanischem und deutschem Recht», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (126), t. II, pp. 382 ss.

FERTIG (2007), *Grenzen einer Inkriminierung des Wahlverteidigers wegen Geldwäsche*, Peter Lang, Fráncfort del Meno-Berlín-Berna-Bruselas-Nueva York-Oxford-Viena.

FISCHER (2014), *Strafgesetzbuch mit Nebengesetze*, 61<sup>a</sup> ed., Verlag C.H. Beck, Múnich.

GRÄFIN VON GALEN (2000), «Der Verteidiger – Garnt eines rechtsstaatlichen Verfahren oder Mittel zu Inquisition? Der Beschuldigte – verteidigt oder verkauft?», *Strafverteidiger*, pp. 575 ss.

GÖSSEL/DÖLLING (2004), *Strafrecht Besonderer Teil I. Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte*, 2<sup>a</sup> ed., C.F. Müller, Stuttgart.

GRÜNER/WASSERBURG (2000), «Geldwäsche durch die Annahme des Verteidigerhonorars», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 430 ss.

HAMM (2000), «Geldwäsche durch die Annahme von Strafverteidigerhonorar?», *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 636 ss.

HEFENDEHL (2001), «Kann und soll der Allgemeine Teil bzw. das Verfassungsrecht mißglückte Regelungen des Besonderen Teils retten? Die Geldwäsche durch den Strafverteidiger», en SCHÜNEMANN *et al.* (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, De Gruyter, Berlín-Nueva York, pp. 145 ss.

HERZOG/NESTLER (2014), «§ 261 StGB - Geldwäsche; Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte», en HERZOG *et al.*, *Geldwäschegesetz (GwG)*, 2<sup>a</sup> ed., C.H. Beck., Múnich.

HETZER (2000), «Geldwäsche und Strafverteidigung», *Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, pp. 281 ss.

HOMBRECHER (2001), *Geldwäsche (§ 261 StGB) durch Strafverteidiger? - Eine Untersuchung zur Anwendung des § 261 StGB auf das Honorar des Strafverteidigers*, Shaker, Aachen.

HOYER (2012), «§ 261 Geldwäsche, Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte», en WOLTER (ed.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Carl Heymanns Verlag, Colonia.

JAHN/EBNER (2009), «Die Anschlussdelikte – Geldwäsche (§§ 261-262 StGB)», *JuS*, pp. 597 ss.

————— (2009), «§ 261 Geldwäsche, Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte», en SATZGER *et al.* (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, Carl Heymanns Verlag, Colonia.

KARGL (2001), «Probleme des Tatbestands der Geldwäsche (§ 261 StGB)», *Neue Justiz*, pp. 57 ss.

KATHOLNIGG (2001), «Kann die Honorarannahme des Strafverteidigers als Geldwäsche strafbar sein?», *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 2041 ss.

KINDHÄUSER (2013), *Strafprozessrecht*, 3<sup>a</sup> ed., Nomos, Baden-Baden.

————— (2010), «Rechtsgüterschutz durch Gefährdungsdelikte», en AMELUNG *et al.* (eds.), *Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag*, W. Kohlhammer, Stuttgart, pp. 249 ss.

————— (2010), «Zum sog. „unerlaubten“ Risiko», en BLOY *et al.* (eds.), *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht. Festschrift für Manfred Mainwald zum 75. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, pp. 397 ss.

————— (2009), *Strafrecht Besonderer Teil*, t. II, 7<sup>a</sup> ed., Nomos, Baden-Baden.

————— (2007), «Der subjektive Tatbestand im Verbrechenbau Zugleich eine Kritik der Lehre von der objektiven Zurechnung», *Goltdammer's Archiv Für Strafrecht*, pp. 447 ss.

————— (1989), *Gefährdung als Straftat*, Vittorio Klostermann, Frankfurt del Meno.

KÖRNER/DACH (1994), *Geldwäsche. Ein Leitfaden zum geltenden Recht*, Verlag C.H. Beck, München.

KÜLISCH (1999), «Strafverteidigerhonorar und Geldwäsche», *Strafverteidiger Forum*, pp. 337 ss.

LACKNER (2011), «§ 261 Geldwäsche; Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswertes», *Strafgesetzbuch Kommentar*, C.H. Beck. München.

LAMPE (1994), «Der neue Tatbestand der Geldwäsche (§ 261 StGB)», *Juristen Zeitung*, pp. 123 ss.

LARENZ/CANARIS (1995), *Methoden Lehre der Rechtswissenschaft*, 3<sup>a</sup> ed., Springer, Berlin-Heidelberg.

LEIP (1995), *Der Straftatbestand der Geldwäsche. Zur Auslegung des § 261 StGB*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden.

LÖWE-KRAHL (1993), «Die Strafbarkeit von Bankangestellten wegen Geldwäsche nach § 261 StGB», *Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, pp. 123 ss.

LÜDERSSEN/JAHN (2007), «Vor § 137», en ERB *et al.* (eds.), *Löwe-Rosenberg StPO*, 26<sup>a</sup> ed., De Gruyter Recht, Berlin.

LÜDERSSEN (2000), «Anmerkung. + StGB par. 261 Abs. 2 Nr. 1 (Geldwäsche durch Strafverteidiger)», *Strafverteidiger*, pp. 205 ss.

MAIWALD (1999), «Auslegungsprobleme im Tatbestand der Geldwäsche», en WEIGEND *et al.* (eds.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11.*, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, pp. 631 ss.

MATT (2002), «Strafverteidiger und Geldwäsche», en HANACK *et al.* (eds.), *Festschrift für Peter Rieß zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlín-New York, pp. 639 ss.

————— (2004), «Verfassungsrechtliche Beschränkung der Strafverfolgungen von Strafverteidigern», *JR*, pp. 321 ss.

MEHLHORN (2004), *Der Strafverteidiger als Geldwäscher*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.

MITSCHE (2001), *Strafrecht Besonderer Teil 2 (Vermögensdelikte [Randbereich]/Teilband 2)*, Springer-Verlag, Berlín-Heidelberg.

MÜSSIG (2005), «Strafverteidiger als „Organ der Rechtspflege“ und die Strafbarkeit wegen Geldwäsche», *Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, pp. 201 ss.

NEUHEUSER (2012), «§ 261 Geldwäsche; Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte» en JOECKS *et al.*, *Münchener Kommentar Strafgesetzbuch*, t. IV, C.H. Beck, Múnich.

OTTO (2001), «Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmäßigen Verhaltens», *Juristen Zeitung*, pp. 436 ss.

————— (2005), *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, 7<sup>a</sup> ed., De Gruyter Recht, Berlín.

PETROPOULOS (2007), «Der Zusammenhang von Vortat und Gegenstand in § 261 StGB – Die Problematik der sog. Teilkontamination des Gegenstands –», *Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, pp. 241 ss.

PRITTWITZ (1993), «Die Geldwäsche und ihre strafrechtliche Bekämpfung – oder: Zum Einzug des Lobbyismus in die Kriminalpolitik», *Strafverteidiger*, pp. 498 ss.

PUPPE (2014), *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 3<sup>a</sup> ed., Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen.

REICHERT (2000), «Anmerkung zu OLG Hamburg, Keine Strafbarkeit wegen Geldwäsche bei Annahme eines Verteidigerhonorars», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, pp. 311 ss.

ROXIN/SCHÜNEMANN (2014), *Strafverfahrensrecht*, 28 ed., C.H. Beck, Múnich.

RUHMANSIEDER (2015), «§ 261 Geldwäsche; Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte», en HEINTSCHEL-HEINEGG (ed.), *Beck'scher Online-Kommentar StGB*, 23<sup>a</sup> ed.

SALDITT (2002), «Geldwäsche durch Strafverteidigung – Über Norm und Rolle –», *Strafverteidiger Forum*, pp. 181 ss.

SCHAEFER/WITTIG (2000), «Geldwäsche und Strafverteidiger», *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 1387 ss.

SCHMIDT (2001), «Geldwäsche und Verteidigerhonorar», *Juristische Rundschau*, pp. 448 ss.

SCHMIDT/KRAUSE (2010), «§ 261 Geldwäsche; Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte», en LAUFHÜTTE *et al.* (eds.), *Leipziger Kommentar StGB*, t. VIII, De Gruyter, Berlín-Nueva York.

SCHRÖDER/BERGMANN (2013), *Warum die Selbstgeldwäsche straffrei bleiben muss*, BMV, Berlín.

SCHITTENHELM (1998), «Alte und neue Probleme der Anschlußdelikte im Lichte der Geldwäsche», en ESER *et al.* (eds.), *Festschrift für Theodor Lenckner*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Múnich, pp. 519 ss.

SPISKE (1998), *Pecunia olet? Der neue Geldwäschetatbestand § 261 StGB im Verhältnis zu den §§ 257, 258, 259 StGB, insbesondere zur straflosen Ersatzhehlerei*, Peter Lang, Fráncfort del Meno-Berlín Berna-Nueva York-París.

VOGEL (1997), «Geldwäsche – ein europaweit harmonisierter Straftatbestand?», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (109), t. II, pp. 335 ss.

VOLK/ENGLÄNDER (2013), *Grundkurs StPO*, 8ª ed., C.H. Beck, Múnich.

WESSELS/HILLENKAMP (2013), *Strafrecht Besonderer Teil 2. Straftaten gegen Vermögenswerte*, 36ª ed., C.F. Müller, Heidelberg-Múnich-Landsberg-Frechen-Hamburg.

WOHLERS (2004), «Anmerkung. Verfassungsrecht. Strafrecht», *Juristen Zeitung*, pp. 670 ss.

————— (2001), «Strafverteidigung vor den Schranken der Strafgerichtsbarkeit», *Strafverteidiger*, pp. 420 ss.