

El recientemente reformado y controvertido delito de lavado de activos según el artículo 261 del Código Penal (StGB) alemán

Por Daniel Materón

Ludwig Maximilian University of Munich

Estimados lectores, antes de abordar el análisis del tema que se expondrá a continuación, quisiera expresar mi agradecimiento a la Universidad Externado por permitirme participar en este espacio y compartir con ustedes temas de actualidad, especialmente en el ámbito dogmático, jurisprudencial y político-criminal en Alemania.

El problema del lavado de activos fue abordado por la Unión Europea en 1991 con la introducción de la primera directiva contra este fenómeno transnacional.¹ En cumplimiento de sus obligaciones de incorporar la normativa europea a su ordenamiento jurídico, Alemania tipificó el delito de lavado de activos en el artículo 261 de su Código Penal (StGB) en 1992. Desde entonces, este tipo penal ha sido objeto de numerosas reformas, en respuesta a una criminalidad que alcanza los cien mil millones de euros anuales en Alemania,² con una efectividad de persecución extremadamente baja.³

A. Punto de partida y problemática

Las principales reformas en la regulación del delito siempre se han enfocado en la expansión y adaptación de los delitos fuente (*Vortaten*) que abren la puerta a la responsabilidad penal por lavado de activos. A lo largo de las sucesivas modificaciones, este catálogo ha incorporado nuevas formas de criminalidad, manteniendo un vínculo con la financiación del terrorismo y la criminalidad organizada. No obstante, en la práctica, esta técnica legislativa ha planteado importantes desafíos, ya que, en muchos casos, no se lograba determinar con claridad si el delito fuente del caso en cuestión pertenecía al catálogo del artículo 261 StGB en su versión pasada, lo que generaba un problema probatorio significativo.

B. Eliminación del catálogo de delitos fuente - enfoque “*all-crimes*” -

Para solucionar esta problemática, el legislador alemán decidió, por primera vez en 2021, desvincularse de la Directiva 2018/1673 de la Unión Europea, que ampliaba nuevamente el catálogo de delitos subyacentes, y optó por eliminar completamente dicho catálogo, adoptando un

¹ *Bauerfeind*, GWR 2024, 33, 33; Directriz 91/308/EWG.

² In Deutschland werden bis zu 100 Millionen Euro jährlich gewaschen, in: Frankfurter Allgemeine, <https://www.faz.net/aktuell/finanzen/in-deutschland-werden-bis-zu-100-milliarden-euro-jaehrlich-gewaschen-18268705.html>

³ *Bussmann*, Wirtschaftsdienst 2019, 816, 817.

enfoque denominado “*all-crimes*”.⁴ De esta manera, cualquier delito, ya sea del derecho penal central (StGB) o del derecho penal accesorio, puede constituir un delito fuente en el sentido del artículo 261 StGB.

C. Consecuencias

Si bien este enfoque facilita en muchos casos la resolución de problemas probatorios relacionados con el delito fuente, ya que solo se debe demostrar que el activo proviene de *cualquier* delito, la adopción del modelo “*all-crimes*” ha tenido consecuencias significativas.

Por un lado, el delito de lavado de activos ha perdido por completo su carácter especial, que estaba representado por su conexión con el blanqueo de capitales, la financiación del terrorismo y la criminalidad organizada.⁵ Al no existir un catálogo que exprese esta conexión, el delito se ha convertido en un tipo penal que abarca una gran cantidad de conductas de la delincuencia común, que ya están tipificadas en delitos como la receptación, circunstancia que genera grandes problemas a nivel de concurrencias.⁶ Además, antes de esta reforma, se debía demostrar de manera precisa el delito fuente; sin esta demostración, no se podía tan siquiera empezar a hablar de lavado de activos. Ahora, surge el peligro de que, en contravía del principio *in dubio pro reo*, en la práctica, se reduzcan las exigencias de concretización del delito fuente como consecuencia de la ausencia de un catálogo que las demande.

El legislador alemán, en su propuesta de ley, ignoró por completo las consecuencias de esta expansión del tipo penal,⁷ especialmente en lo que respecta a la criminalización de comportamientos cotidianos que, por un lado, tienen poca o ninguna relación con la lucha contra la criminalidad organizada (que es la esencia del blanqueo de capitales) y, por otro, no causan un daño significativo a la economía, generando, en cambio, una sobrecarga para el sistema judicial.

La eliminación del catálogo de delitos subyacentes, que funcionaba como filtro para establecer el vínculo con la criminalidad organizada, y su resultante híperexpansión del tipo penal se ve reforzada por la vía de imputación culposa, según el artículo 261 VI StGB. Así, por ejemplo, una niña de trece años podría ser penalmente responsable si recibe una barra de chocolate robada por su amiga de catorce años, si ella pudo haber reconocido el origen ilícito del producto

⁴ Travers/Michaelis, NZWiSt 2021, 125, 126.

⁵ El-Ghazil/Laustetter, NZWiSt 2023, 121, 124; Altenhain/Fleckenstein, JZ 2020, 1045, 1046; Neumann, ZJS, 2023, 74, 76.

⁶ NK-StGB/Altenhain, StGB § 261 Rn. 94.

⁷ Schindler, NZWiSt 2020, 457, 467; Travers/Michaelis, NZWiSt 2021, 125, 128; Neumann, ZJS, 2022, 682, 685.

basándose en rumores sobre las “actividades ilegales” de su amiga.⁸ Este ejemplo ilustra cómo el delito ha perdido sus contornos, volviéndose irrisorio frente a la verdadera criminalidad del blanqueo de capitales y planteando serias dudas sobre su constitucionalidad.

El legislador alemán no incorporó un umbral de mínima cuantía ni eliminó la imputación culposa como medidas para mitigar el impacto de la expansión del artículo 261 StGB. A pesar de que la doctrina y el Tribunal Constitucional alemán, ya en versiones anteriores del tipo penal, exigían una interpretación del artículo 261 StGB “conforme a la Constitución”,⁹ lo cierto es que el delito presenta en su estructura natural serias deficiencias en relación con el principio de legalidad, el principio de culpabilidad, el principio *in dubio pro reo* y, sobre todo, el principio de proporcionalidad. Si bien el objetivo del legislador de superar obstáculos probatorios es legítimo, no se pueden justificar sus daños colaterales bajo la premisa de que “el fin justifica los medios”. Este argumento se ve reforzado en consideración del principio de *ultima ratio*. No es dogmáticamente defendible en consideración de los límites y funciones del derecho penal que la penalización de muchos sea el camino para atrapar a “los peces grandes”.

Este fin del legislador alemán encuentra muy por el contrario sus límites en principios constitucionales, que han sido ampliamente ignorados en la reforma. Para algunas voces relevantes de la dogmática alemana, el artículo 261 StGB ha adquirido un contorno tan difuso que lo ha llevado al absurdo,¹⁰ convirtiéndose en un delito que acecha las transacciones cotidianas perdiendo así su verdadero objetivo.

Ahora solo queda esperar que el operador jurídico aplique el artículo 261 StGB siempre en consideración de los límites constitucionales y sobre todo esperar que el Tribunal Constitucional alemán se pronuncie sobre la constitucionalidad del tipo penal.

⁸ Gazeas, NJW 2021, 1041, 1044; Brodowski, wistra 2021, 417, 417; Schröder/Blaue, NZWiSt 2019, 161, 163.

⁹ Herzog/El-Ghazi, StGB § 261 Rn. 166; Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht BT 2, § 261, Rn. 1065; BGH NJW 1997, 3323, 3325.

¹⁰ <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/gesetz-gegen-geldwaesche-wir-sind-alle-verdaechtig-a-203bf355-435d-4a20-ac4b-4f04adfcfc90> (23.09.2024).