



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**EL DELITO DE AUTOLAVADO DE ACTIVOS: PROBLEMAS QUE PLANTEA SU
TIPIFICACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO Y NACIONAL**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

KATHERINE ORTIZ CASTRO

PROFESORA GUÍA: MARÍA INÉS HORVITZ

SANTIAGO DE CHILE

2020

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I: EL LAVADO DE ACTIVOS	7
1.1 ORIGEN DEL LAVADO DE ACTIVOS	7
1.2 CONCEPTO DE LAVADO DE ACTIVOS	8
1.3 ETAPAS DEL LAVADO DE ACTIVOS	9
1.4 REGULACIÓN COMPARADA DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS. LOS CASOS DE ESPAÑA Y ARGENTINA	11
1.4.1 REGULACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	11
1.4.1.1 Norma de sanción. Conducta antinormativa	13
1.4.1.2 El sujeto activo del delito de lavado de activos.....	14
1.4.1.3 El objeto del delito de lavado de activos.....	14
1.4.1.4 Delitos base	15
1.4.2 REGULACIÓN EN EL DERECHO ARGENTINO.....	15
1.4.2.1 Norma de sanción. Conducta antinormativa	16
1.4.2.2 El sujeto activo del delito de lavado de activos.....	16
1.4.2.3 El objeto del delito de lavado de activos.....	17
1.4.2.4 Delitos base	17
1.5 REGULACIÓN EN EL DERECHO CHILENO	18
1.5.1. NORMA DE SANCIÓN. CONDUCTAS ANTINORMATIVAS	19
1.5.2 EL SUJETO ACTIVO DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS	21
1.5.3 EL OBJETO DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS	21
1.5.4 DELITOS BASE	21
1.6 ALGUNAS PROBLEMÁTICAS EN TORNO AL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS	23
1.6.1 DELITO DE RECEPCIÓN	24
1.6.2 DELITO DE ENCUBRIMIENTO.....	25
1.6.3 DELIMITACIÓN DEL TIPO	27
CAPÍTULO II: EL AUTOLAVADO DE ACTIVOS	31
2.1 CONCEPTO	31

2.2 FORMA DE TIPIFICACIÓN: MODELOS LEGISLATIVOS	32
2.3 CONSAGRACIÓN DEL AUTOLAVADO DE ACTIVOS	33
2.3.1 CONSAGRACIÓN DE LA FIGURA EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	33
2.3.2 CONSAGRACIÓN DE LA FIGURA EN EL DERECHO ARGENTINO.....	33
2.3.3 CONSAGRACIÓN DE LA FIGURA EN EL DERECHO CHILENO	34
2.4 IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES CUESTIONAMIENTOS QUE ACARREA LA TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE AUTOLAVADO DE ACTIVOS	34
2.4.1 AUTOLAVADO COMO ACTO POSTERIOR COPENADO.....	35
2.4.2 AUTOENCUBRIMIENTO IMPUNE Y NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA	36
2.4.3 VULNERACIÓN DE PRINCIPIOS LIMITADORES DEL DERECHO PENAL.....	37
2.4.4 AGOTAMIENTO DEL DELITO Y ACTOS DE MERO CONSUMO.....	38
2.5 TRATAMIENTO DE ESTOS CUESTIONAMIENTOS EN DERECHO COMPARADO	38
2.5.1 DERECHO ESPAÑOL	38
2.5.2 DERECHO ARGENTINO	46
2.6 TRATAMIENTO DE ESTOS CUESTIONAMIENTOS EN CHILE	51
CONCLUSIÓN	57

RESUMEN

En el presente trabajo se analizará la figura del autolavado de activos y los diversos problemas y cuestionamientos que ha generado su tipificación, tanto en el derecho comparado como en el nacional. Para dicho análisis, primero será necesario revisar el delito de lavado de activos en general, para así luego abordar especialmente el “autolavado” o “autoblanqueo” de activos o capitales, su concepto, consagración, contenido y las problemáticas que ha generado su tipificación, a nivel nacional y sobre todo a nivel de derecho comparado, para cual se estudiarán los casos concretos de Argentina y España. Por último, se analizan los argumentos a favor y en contra respecto al castigo de esta conducta.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo trata la problemática de la tipificación del llamado “autolavado” o “autoblanqueo” de activos, es decir, las conductas de lavado que realiza el sujeto que interviene en el delito previo o base del lavado de activos.

La tipificación del delito de autolavado de activos, por regla general, no ha sido un punto pacífico en los distintos ordenamientos en que tiene lugar. Abundantes posturas doctrinarias y nudos críticos en este debate dan cuenta de ello, y de la complejidad de la figura en sí, de su tipificación y de su punibilidad autónoma. Todo esto, además, teniendo presente que se enmarca en el derecho penal económico, rama que cada vez cobra más importancia e interés. En este orden de ideas, cobra especial sentido verificar las argumentaciones a favor y en contra, en qué medida se mantienen vigentes, en qué medida fueron recogidas por la legislación de diversos ordenamientos jurídicos, y contrastar en este sentido, a grandes rasgos, la situación chilena con la de dichos ordenamientos.

Para estos efectos, se analizarán casos de derecho comparado, específicamente España y Argentina. Se toman estos dos países como base debido a la rica discusión doctrinaria que en ellos se ha desarrollado: especialmente el país europeo, como cuna de los autores más reconocidos sobre esta materia, al menos en nuestra lengua, y Argentina por la proximidad y las variadas analogías que conocidamente se pueden establecer entre este país y el nuestro.

De forma previa, es necesario darle contexto y marco al tema central mediante una exposición sobre el delito de lavado de activos, repasando su origen, concepto, etapas, regulación en la legislación comparada y nacional, y por último algunas de las principales problemáticas en torno a este delito, punto que servirá como base para el desarrollo de los temas tratados más adelante en esta tesis. Respecto a las posiciones doctrinarias sobre el autolavado, estas se centran generalmente en el sujeto activo del lavado de activos, recurriendo a comparaciones con otras figuras delictivas como el encubrimiento y la receptación. De esta manera, los autores suelen tomar partido o bloques en favor o en contra del castigo del autolavado, por lo que resulta relevante repasar estas figuras y su conexión con el lavado de activos.

El examen del autolavado se centrará, en primer lugar, en las formas en que se ha consagrado esta figura, tanto a nivel comparado como a nivel nacional, repasando brevemente la normativa; en segundo lugar, se examinarán las ya mencionadas posiciones doctrinales respecto a la problemática, identificando los principales cuestionamientos a la figura del autolavado y las distintas justificaciones para castigar o no castigar el autolavado de activos, tomando como base autores y autoras nacionales e internacionales; por último, se expondrá una breve reflexión en torno a la problemática del lavado de activos, con especial consideración en el estado del asunto en Chile.

CAPÍTULO I: EL LAVADO DE ACTIVOS

1.1 ORIGEN DEL LAVADO DE ACTIVOS

El concepto de *lavado de activos* nace en Estados Unidos, remontándose su origen a la época de la “prohibición”, años en que no se permitía la venta de bebidas alcohólicas, formándose un comercio ilegal manejado por organizaciones criminales, los que habrían usado lavanderías como forma de reinsertar en el tráfico legal el dinero obtenido en el negocio clandestino.¹ Pero fue recién en el año 1972 que el concepto fue utilizado formalmente por la prensa estadounidense a propósito del caso “Watergate” y el escándalo que rodeó la reelección del presidente Richard Nixon² en la cual se ocultó el origen de grandes cantidades de dinero que fueron entregadas para la campaña. Cabe adelantar que los hechos del caso no coinciden con lo que hoy conocemos como delito de lavado de activos.

En el ámbito judicial, también en Estados Unidos, en el año 1982 fue utilizado por primera vez el concepto “money laundering” tras un caso de comiso de dinero procedente del tráfico de drogas. Esta fue la primera vez que se utilizó el concepto de lavado de dinero en relación con la actividad delictiva de tráfico de drogas³. Fue precisamente a consecuencia de la expansión del tráfico ilícito de drogas y el crecimiento de organizaciones dedicadas a esta actividad criminal, que a fines de la década de 1980 y principios de 1990, el problema del lavado de activos se internacionaliza. Los esfuerzos por sancionar el consumo de sustancias ilícitas no dieron frutos, por lo que surge la idea de perseguir el dinero⁴. La preocupación internacional no solo se enfocaba en el aumento del consumo de drogas y su tráfico ilícito, sino también en el poder económico que fueron ganando los traficantes. Para combatir este tipo de actividad criminal se crea en 1988 la “*Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de*

¹ Jaime Winter Etcheberry, “La regulación internacional del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo”, en *Lavado de Activos y Compliance. Perspectiva internacional y Derecho comparado*, coord. Kai Ambos et. al., 91-142. (Lima: Jurista Editores, 2015), 99.

² Jeffrey Robinson, *The Laundrymen - Inside Money Laundering, The World's Third Largest Business* (New York: Arcade Publishing, 1996), 6. <https://archive.org/details/laundrymeninside00robi/page/376?q=The+Laundrymen+-+Inside+Money+Laundering%2C+The+World%C2%B4s+Third+Largest+Business>.

³ Ricardo De Mosteyrín Sampalo, “El delito de blanqueo de capitales a la luz de la normativa internacional sobre la materia”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXIX (2016): 375-407, 401, https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-P-2016-10037500407

⁴ Winter, “La regulación internacional del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo”, 102.

*Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas*⁵. Dicha Convención establece en su artículo 3 letra b):

“1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente:

b) i) La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones;

ii) La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos.”

Así, esta Convención impone a los Estados Partes la tipificación del lavado de activos en relación al tráfico ilícito de estupefacientes. En el mismo orden de ideas, en el ámbito americano se crea, en el año 1986, la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD), quien también crea un instrumento internacional para prevenir y sancionar este ilícito en 1992.⁶

Cabe destacar que al día de hoy el delito de lavado de activos ha evolucionado, ampliándose el delito base, como se verá en la legislación nacional y comparada, dejando atrás su origen como delito vinculado estrictamente al tráfico ilícito de estupefacientes.

1.2 CONCEPTO DE LAVADO DE ACTIVOS

Resulta controvertido establecer un único concepto o definición de lavado de activos, pues ello dependerá de la forma en que se criminalice la respectiva conducta en cada ordenamiento jurídico. Sin embargo, atendiendo a los elementos más importantes del tipo y al uso general que se le da a nivel internacional, podemos destacar las siguientes definiciones:

1. El lavado de activos es un delito, que consiste en dar una apariencia de origen legítimo o lícito a bienes - dinerarios o no -, que en realidad son productos o "ganancias" de

⁵ Organización de las Naciones Unidas, *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas*, (2008) http://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf

⁶ Organización de los Estados Americanos, *Reglamento modelo CICAD-OEA*, (1992) http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/esp/reglamento_modeloFeb04_04.htm

delitos graves como: tráfico ilícito de drogas, trata de personas, corrupción, secuestros y otros.⁷

2. El lavado de activos busca ocultar o disimular la naturaleza, origen, ubicación, propiedad o control de dinero y/o bienes obtenidos ilegalmente. Implica introducir en la economía activos de procedencia ilícita, dándoles apariencia de legalidad al valerse de actividades lícitas, lo que permite a delincuentes y organizaciones criminales disfrazar el origen ilegal de su producto, sin poner en peligro su fuente.⁸
3. "...proceso tendente a evitar que se pueda descubrir la comisión de un delito generador de bienes (delito subyacente), o también, que una vez descubierto el delito subyacente no pueda llegarse a la detección de los bienes obtenidos por la comisión del mismo"⁹

1.3 ETAPAS DEL LAVADO DE ACTIVOS

Como se desprende de las definiciones dadas, el lavado de activos es un proceso destinado a "desconectar" los bienes obtenidos de la actividad ilícita de la que proceden, es decir, a tratar de darle la apariencia de lícitos a los activos ilícitos, por medio de una serie de operaciones y, en definitiva, a su introducción en circuitos legítimos.

Respecto a la caracterización de las etapas del lavado de activos, generalmente se acepta el modelo propuesto por el GAFI¹⁰, el cual considera las siguientes:

1. Colocación: El lavador introduce sus ganancias ilícitas en el sistema financiero¹¹. Posterior a la actividad ilícita, se introducen materialmente las ganancias obtenidas, generalmente a través de instituciones financieras, compra de instrumentos financieros, compra de moneda extranjera, traslado del dinero al extranjero o con la ayuda de terceros que pongan sus cuentas bancarias a disposición. Las formas y procedimientos utilizados

⁷ United Nations Office on Drugs and Crime, Perú y Ecuador, "Lavado de activos" <https://www.unodc.org/peruandecuador/es/02AREAS/DELITO/lavado-de-activos.html>

⁸ Gobierno de Chile, Unidad de Análisis Financiero, "Qué es el lavado de activos?" <https://www.uaf.cl/estrategia/>

⁹ Javier Perotti, "La Problemática Del Lavado De Dinero Y Sus Efectos Globales: Una Mirada a Las Iniciativas Internacionales Y Las Políticas Argentinas." *Revista UNISCI* n° 20 (2009): 78-99. <http://www.unisci.es/journal-uniscirevista-unisci-no-20-mayo-2009-argentina-terrorismo-inteligencia-afrika-asia-pacifico-europa/>

¹⁰ Grupo de Acción Financiera Internacional o Financial Task Force on Money Laundering (FATF)

¹¹ Unidad de Análisis Financiero, *V Informe de tipologías y señales de alerta de lavado de activos en Chile*, (Santiago: Unidad de Análisis Financiero, 2019), 15.

son actividades que en sí mismas no constituyen ilícitos, y que forman parte de la actividad económica común y lícita.

Ejemplos de colocación:

- a. Contrabando de grandes cantidades de dinero en efectivo, sacándolo del país o trasladándolo a zonas altamente comerciales donde pasen desapercibidos.
 - b. Realizar en forma sistemática depósitos de dinero en efectivo por debajo de los límites que obliguen su reporte. Los ingresos de cantidades pequeñas de dinero en cuentas bancarias es una acción conocida como “pitufeo” o “smurfing”¹²
 - c. Transformar el dinero en efectivo, cheques de cajero, o en otro tipo de instrumentos. Asimismo el cambio de billetes de baja denominación por otros de mayor.
 - d. Depositar dinero en efectivo en diversas cuentas bancarias o varias instituciones financieras¹³.
 - e. Utilizar empresas que, por su naturaleza, son receptoras de grandes cantidades de efectivo, como centros nocturnos, restaurantes, casas de cambio y casinos.
2. Estratificación: Múltiples transacciones que separan los fondos de su fuente ilegal, dificultando su rastreo¹⁴. El fin de esta etapa es ocultar el rastro del dinero por medio de numerosas transacciones. En esta fase una vez que el dinero está dentro de los circuitos financieros, se realizan movimientos que tienden a “ensombrecer” u ocultar su origen, siendo las técnicas más frecuentes el envío de los activos a paraísos fiscales o a centros offshore, para que los fondos circulen por distintos países, instituciones y cuentas.

Ejemplos de estratificación:

- a. Crear fuentes ficticias en el extranjero para recibir y distribuir fondos para la inversión a través de contrabando de dinero en efectivo.
- b. Transferir dinero vía electrónica desde una cuenta bancaria en el extranjero, luego a otra, para perder el lugar de origen, que generalmente son países que constituyen paraísos fiscales.

¹² Bruno Tondini, *Blanqueo de capitales y lavado de dinero: su concepto, historia y aspectos operativos*, (Buenos Aires: Centro Argentino de Estudios Internacionales, 2006), 23.

¹³ Juan Antonio Lascuráin Sanchez, “Blanqueo de capitales”, en *Derecho penal económico de la empresa*, Norberto J. de la Mata et.al., 493-526. (Madrid: Dykinson, 2018), 497.

¹⁴ Unidad de Análisis Financiero, *V Informe de tipologías y señales de alerta de lavado de activos en Chile*, 15.

3. Integración¹⁵: Corresponde a la etapa final de una operación de lavado de activos. Incluye la reinserción definitiva de los fondos ilícitos, colocados y estratificados en la economía legítima. El fin es poder disponer de sus nuevos activos con un sello de licitud¹⁶

Ejemplos de integración:

- a. Compra o Venta de Inmuebles.
- b. Construcción de hoteles.
- c. Simulación de operaciones de importación y exportación de productos.

1.4 REGULACIÓN COMPARADA DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS. LOS CASOS DE ESPAÑA Y ARGENTINA

1.4.1 REGULACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

El delito de lavado de activos estuvo siempre relacionado al delito de receptación¹⁷, el que fue establecido en los orígenes del Código Penal español de 1822 en su artículo 17. En efecto, en España el delito de lavado de activos, o blanqueo de capitales, como se denomina más comúnmente en su ordenamiento, tiene históricamente su origen en la Ley Orgánica 1/1988 de 24 de marzo de 1988, la cual fue inspirada en las directrices de los trabajos preparatorios de la Convención de Viena de 1988. En virtud de esta ley se produce la reforma al Código Penal español, con la que se introdujo el artículo 546 bis f)¹⁸. En este artículo se tipifica el delito de receptación específica, siendo la primera regulación vinculada al delito de lavado de activos. El nuevo artículo establecía que:

“Art. 546 bis f): El que con conocimiento de la comisión de alguno de los delitos regulados en los artículos 344 a 344 bis b) de este código recibiere, adquiriere o de cualquier otro modo se aprovechara para si o para un tercero

¹⁵ Unidad de Análisis Financiero, *V Informe de tipologías y señales de alerta de lavado de activos en Chile*, 15.

¹⁶ Lascuráin, “Blanqueo de capitales”, 497.

¹⁷ Daniel Fernández Bermejo, “En torno al concepto del blanqueo de capitales. Evolución normativa y análisis del fenómeno desde el Derecho penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXIX (2016): 211-276, 214, https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-P-2016-10021100276

¹⁸ Flavio Sgrilli Siqueia, “El delito de blanqueo de capitales: una aproximación crítica a los fundamentos jurídicos del derecho penal brasileño y español” (Tesis doctoral, Universidad de Granada, 2014), 489. <https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/39974/2470278x.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

de los efectos o ganancias del mismo, será castigado con prisión menor y multa de un millón a 100 millones de pesetas.

Se impondrán las penas superiores en grado a los reos habituales de este delito y a las personas que pertenecieren a una organización dedicada a los fines señalados en este artículo.”

Fue en el año 1992 en que se utilizó por primera vez la denominación “blanqueo de capitales”¹⁹, en virtud de la ley orgánica 8/1992 que modificó el Código Penal español, estableciendo un capítulo para la receptación y el blanqueo en el artículo 344 bis, letras h) e i)²⁰. Esta modificación amplía la tipificación del delito, incluyendo en su objeto material, además de los bienes procedentes del tráfico ilícito de drogas, los derivados del delito mismo de lavado de activos²¹. Sin embargo, el artículo 546 bis f) sobre receptación específica no fue derogado, por lo que se dio lugar a una duplicidad. Así, se produjo variada normativa administrativa que utilizó el término “blanqueo de capitales” y reguló sobre la materia, generándose un caos legislativo.²²

Con tal de solucionar los problemas recién mencionados, el legislador español modificó nuevamente la legislación penal en 1995, estableciendo entre los artículos 301 a 304 del Código Penal español los delitos “*de la receptación y otras conductas afines a la receptación*”, dejando en el olvido el concepto de “blanqueo de capitales”, contrario a la opinión doctrinal de la época y a la normativa internacional que recomendaba utilizar la expresión blanqueo de capitales o lavado de activos al momento de tipificar la conducta²³.

No es sino hasta el Código Penal español vigente, aprobado en virtud de la ley orgánica 10/1995 de 23 de noviembre de 1995, que se regula el delito denominándolo como blanqueo de capitales en su artículo 301.1²⁴. En este artículo se utilizó la definición de lavado de activos contenida en

¹⁹ Fernández, “En torno al concepto del blanqueo de capitales.”, 273.

²⁰ Juana Del Carpio Delgado, “La normativa internacional del blanqueo de capitales: análisis de su implementación en las legislaciones nacionales. España y Perú como caso de estudio”, *Revista Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXV (2015): 657-731, 721, <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/2705/3272>

²¹ Ángela Matallín Evangelio, “El “autoblanqueo” de capitales”, *Revista General de Derecho Penal*, n° 20 (2013), 9, https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=413928&d=1

²² Fernández, “En torno al concepto del blanqueo de capitales.”, 221.

²³ Fernández, “En torno al concepto del blanqueo de capitales.”, 222.

²⁴ Fernández, “En torno al concepto del blanqueo de capitales.”, 224.

el artículo primero de la ley 19/1993, que a su vez obedece a las directrices y normativas de la unión europea.²⁵

Finalmente, adentrándonos en el siglo XXI, la última reforma importante fue la de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio de 2010, que sustituye en el mencionado artículo 301 la palabra “delito” por el término “actividad delictiva”, tal como se verá, con tal de zanjar la discusión en torno a si el término delito implicaba la necesidad de un hecho típico y antijurídico, establecido como tal en una sentencia firme de condena, o si bastan las pruebas indiciarias.²⁶ Esta modificación no estuvo exenta de detractores, ya sea porque consideran necesaria la declaración a través de sentencia condenatoria del delito base o porque lo consideraban innecesario, ya que afirman que el artículo establecía claramente la autonomía del delito de lavado de activos, no siendo necesaria una declaración de culpabilidad del autor previo, ni un castigo efectivo del delito base.

1.4.1.1 Norma de sanción. Conducta antinormativa

Así se consagra el artículo 301, actualmente vigente, que indica:

“1. El que adquiriera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes...”

2. Con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos...”

Este precepto, al disponer una definición jurídica más o menos canónica²⁷ del delito de lavado de activos en su inciso segundo, ayuda a terminar con la confusión entre este delito y el de receptación, los que hasta el día de hoy comparten el mismo capítulo y, por cierto, similitudes. Además, castiga el autolavado de activos.

²⁵ Fernández, “En torno al concepto del blanqueo de capitales.”, 225.

²⁶ Fernández, “En torno al concepto del blanqueo de capitales.”, 233.

²⁷ Lascuráin, “Blanqueo de capitales”, 503.

El delito actualmente regulado en España excede los criterios de rigidez y sanción que exigen las normativas internacionales. El Convenio de Estrasburgo limita la punición a los supuestos de mayor gravedad, lo que para parte de la doctrina española habría sido lo adecuado²⁸. Así también se critica la existencia de las formas de lavado realizadas por el partícipe en el delito previo, es decir autoblanqueo o autolavado de activos, tema central que será abarcado con posterioridad en este trabajo.

Otra crítica relevante es la referida al primer inciso de este artículo, ya que describiría conductas preparatorias orientadas al lavado, igualando la tentativa y preparación al lavado mismo, penando así de la misma forma conductas de distinta gravedad²⁹.

1.4.1.2 El sujeto activo del delito de lavado de activos

Según la ley española, cualquiera puede ser sujeto activo de este delito. Incluso, expresamente, el autor o el partícipe del delito del que proceden los bienes cuyo origen se encubre, es decir, se admite el autolavado. También se admite como sujeto activo a la persona jurídica en cuyo beneficio blanquea uno de sus miembros³⁰.

1.4.1.3 El objeto del delito de lavado de activos

El objeto del lavado de activos son bienes, entendido como todo aquello que pueda revestir un beneficio o ganancia, sean muebles o inmuebles, corporales o incorporeales, incluyendo derechos y valores, en tanto tengan origen delictivo³¹.

No se incluye una limitación de cuantía, lo que para algunos sería una falencia en la redacción del tipo, ya que esto debería ser considerado importante si lo relevante del lavado de activos es el daño que genera a la competencia y el peligro que supone para el sistema el fortalecimiento de organizaciones criminales, idea respaldada por la jurisprudencia³².

²⁸ Lascuráin, “Blanqueo de capitales”, 503.

²⁹ Lascuráin, “Blanqueo de capitales”, 504.

³⁰ Lascuráin, “Blanqueo de capitales”, 509.

³¹ Lascuráin, “Blanqueo de capitales”, 506.

³² Lascuráin, “Blanqueo de capitales”, 506.

1.4.1.4 Delitos base

El delito base del lavado de activos puede ser cualquier hecho típico y antijurídico, sin importar su gravedad; constatado por el juez, sin necesidad de condena previa y; puede ser cometido tanto en España como en el extranjero³³.

1.4.2 REGULACIÓN EN EL DERECHO ARGENTINO

Argentina tipifica por primera vez el delito de lavado de activos en el artículo 25 de la Ley 23.737 del año 1989, estableciendo como bien jurídico protegido la salud pública, y como delito base el tráfico ilícito de drogas, inspirándose así en la Convención de Viena³⁴.

Posteriormente se deroga la norma recién mencionada mediante la Ley 25.246 del año 2000, la que modifica el artículo 278, introduciendo la represión del lavado de activos como una forma agravada del delito de encubrimiento.³⁵ Este artículo sustituye el tráfico de drogas como delito base por la expresión “delito”, es decir, estableciendo que todos los delitos pueden ser base del lavado de dinero³⁶. Establece además la exclusión del autolavado, pues señala que el sujeto activo del lavado de dinero no debe haber participado en el delito base. Además, a través de esta ley se tipificó el lavado de dinero como un delito contra la administración pública y se creó también la Unidad de Información Financiera.

Luego, en el año 2011, siguiendo las recomendaciones GAFI y la normativa internacional, se deroga del artículo 278 del Código Penal argentino por el artículo 2º de la Ley 26.683, que en su artículo 5º introduce el tipo penal de lavado de activos como el nuevo artículo 303 del Código Penal argentino, el que rige hasta la actualidad, castigando al que:

³³ Lascurain, “Blanqueo de capitales”, 507.

³⁴ Carlos Reggiani, “Lavado de activos. Código Penal comentado” *Revista Pensamiento Penal*, 3. <http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado>.

³⁵ Reggiani, “Lavado de activos. Código Penal comentado”, 17.

³⁶ Leonardo Brond, “Delito de lavado de dinero en Chile y Argentina. Breve análisis de derecho comparado”, *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 26 (2017): 75-95, 78, DOI: 10.5354/0718-4735.2017.46479

“convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare, disimulare o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado bienes provenientes de un ilícito penal, con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito, y siempre que su valor supere la suma de trescientos mil (\$ 300.000) pesos, sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí”.

Este artículo elimina la frase “en el que no hubiera participado” establecida por el artículo 278 número 1.a) de la Ley 25.246, abriendo paso así a la tipificación del autolavado, figura que no tiene una aceptación pacífica en la doctrina argentina, como se expondrá más adelante.

1.4.2.1 Norma de sanción. Conducta antinormativa

En el artículo 303 número 1 del Código Penal argentino existen siete acciones típicas de lavado: convertir, transferir, administrar, vender, gravar, disimular o poner en circulación en el mercado de cualquier otro modo. Leonardo Brond define cada acción típica de la siguiente manera:

“Convertir significa transformar, cambiar o mudar una cosa. Transferir quiere decir ceder un bien a un tercero a cualquier título. Administrar significa tener el gobierno y la dirección de los bienes obtenidos ilícitamente. Vender quiere decir transmitir a otro la propiedad de un determinado bien por un precio en dinero. Gravar significa afectar un bien con un derecho real de garantía. Disimular consiste en disfrazar u ocultar algo, para que parezca distinto de lo que es. Poner en circulación en el mercado significa colocar en el circuito destinado a otorgarle una apariencia de legalidad. No obstante, la redacción de las conductas constitutivas de lavado de activos resulta demasiado amplia y permite interpretar que la lista de verbos típicos no es taxativa”³⁷.

1.4.2.2 El sujeto activo del delito de lavado de activos

El sujeto activo del delito de lavado de activos puede ser cualquiera, ya que la ley argentina no establece expresamente algún requisito, solo se refiere “al que”, a diferencia de la regulación anterior contenida en el artículo 278 del Código Penal argentino, como ya se mencionó, el que

³⁷ Brond, “Delito de lavado de dinero en Chile y Argentina. Breve análisis de derecho comparado”, 86.

contenía la frase “en el que no hubiera participado”. Suprimida esa frase, se abre la posibilidad de castigar el autolavado.

1.4.2.3 El objeto del delito de lavado de activos

En cuanto al objeto del delito de lavado de activos, debe tratarse de bienes provenientes de un ilícito penal. Estos bienes deben tener un valor que supere el monto de 300.000 pesos argentinos. Si la operación de lavado de dinero no supera dicho monto, se aplicará una escala penal atenuada, como se establece en el artículo 303 número 4 del Código Penal argentino. El dinero queda comprendido dentro del concepto de bienes³⁸.

El legislador argentino estableció en el año 2011 que los bienes deben provenir de un ilícito penal, que incluso pudo haber sido cometido en el extranjero, según establece el artículo 303 número 5 del Código Penal argentino. El término ilícito penal significa que basta con una conducta típica y antijurídica que haya generado los bienes, pero que no se requiere condena respecto del hecho previo. Este tema generó discusión en la doctrina, al igual que en muchos otros ordenamientos, como el caso de España, pero en la actualidad tanto la jurisprudencia como la doctrina argentina concuerdan en que el ilícito penal previo se puede acreditar por indicios³⁹.

1.4.2.4 Delitos base

El delito de lavado de activos establecido en el artículo 303 del Código Penal argentino opta por un criterio generalizador, estableciendo que cualquier ilícito penal puede constituirse en el delito base del lavado de activos. No obstante, a la hora de crear la Unidad de Información Financiera, se opta por establecer un catálogo de delitos en el artículo 6 de la Ley 25.246 del año 2000, cuyo texto, ordenado por la Ley 26.683, establece:

“La Unidad de Información Financiera (UIF) será la encargada del análisis, el tratamiento y la transmisión de información a los efectos de prevenir e impedir:

- 1) El delito de lavado de activos (artículo 303 del Código Penal), preferentemente proveniente de la comisión de:*
 - a) Delitos relacionados con el tráfico y comercialización ilícita de estupefacientes (Ley 23.737).*
 - b) Delitos de contrabando de armas y contrabando de estupefacientes (Ley 22.415).*

³⁸ Brond, “Delito de lavado de dinero en Chile y Argentina. Breve análisis de derecho comparado”, 87.

³⁹ Brond, “Delito de lavado de dinero en Chile y Argentina. Breve análisis de derecho comparado”, 87.

- c) *Delitos relacionados con las actividades de una asociación ilícita calificada en los términos del artículo 210 bis del Código Penal o de una asociación ilícita terrorista en los términos del artículo 213 ter del Código Penal.*
- d) *Delitos cometidos por asociaciones ilícitas (artículo 210 del Código Penal) organizadas para cometer delitos por fines políticos o raciales.*
- e) *Delitos de fraude contra la administración pública (artículo 174, inciso quinto, del Código Penal).*
- f) *Delitos contra la Administración Pública previstos en los capítulos VI, VII, IX y IX bis del título XI del Libro Segundo del Código Penal.*
- g) *Delitos de prostitución de menores y pornografía infantil, previstos en los artículos 125, 125 bis, 127 bis y 128 del Código Penal.*
- h) *Delitos de financiación del terrorismo (artículo 213 quáter del Código Penal),*
- i) *Extorsión (artículo 168 del Código Penal).*
- j) *Delitos previstos en la Ley 24.769.*
- k) *Trata de personas. 2) El delito de financiación del terrorismo (artículo 213 quáter del Código Penal)”*

Esto va en concordancia con la normativa comparada moderna, estableciendo un catálogo de delitos base o previos. De todas formas, la ley especial y el delito establecido en el Código Penal argentino conviven, no impidiendo este artículo la completa aplicación del delito del artículo 303.

1.5 REGULACIÓN EN EL DERECHO CHILENO

En Chile se tipificó por primera vez el lavado de dinero en el artículo 12 de la ley 19.366 de 1995 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, norma que responde al compromiso asumido por Chile al ratificar en 1990 la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988. Dicho artículo sólo contemplaba el tráfico ilícito de estupefacientes como delito base, por lo cual, en opinión de algunos, fue una norma insuficiente⁴⁰.

Con tal de ampliar los posibles delitos base, en 1999 se ingresó el mensaje de proyecto de ley N° 232-341 para modificar dicha ley y crear la Unidad de Análisis e Inteligencia Financiera. Pero finalmente, debido a la urgencia de cumplir con los compromisos internacionales asumidos por el país para ingresar al Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (GAFISUD), se ingresó un nuevo proyecto el año 2002, tomando la sección que crea la Unidad de Análisis e Inteligencia Financiera para crear esta institucionalidad rápidamente a través de una ley especial, y separando

⁴⁰ Brond, “Delito de lavado de dinero en Chile y Argentina. Breve análisis de derecho comparado”, 77.

el tratamiento del lavado de activos de la ley de drogas.⁴¹ Inicialmente este último proyecto pretendía modificar el Código Penal para sancionar el lavado de activos provenientes de los delitos penados por la ley de control de armas, por la ley de drogas o por la ley que sanciona las conductas terroristas, pero finalmente el ejecutivo presentó una indicación para reemplazar esta modificación, incluyendo la figura del lavado de dinero como un delito especial sancionado en la misma ley.⁴²

Luego de múltiples modificaciones al artículo que sanciona el lavado de activos, entre ellas la ampliación del delito base, finalmente el delito fue tipificado en el artículo 27 de la Ley N° 19.913 del año 2003 que crea la Unidad de Análisis Financiero.

1.5.1. NORMA DE SANCIÓN. CONDUCTAS ANTINORMATIVAS

El artículo 27 de la Ley 19.913 establece que:

“Artículo 27.- Será castigado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de doscientas a mil unidades tributarias mensuales:

a) El que de cualquier forma oculte o disimule el origen ilícito de determinados bienes, a sabiendas de que provienen, directa o indirectamente, de la perpetración de hechos constitutivos de alguno de los delitos contemplados en la ley N° 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; en la ley N° 18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad; en el artículo 10 de la ley N° 17.798, sobre control de armas; en el Título XI de la ley N° 18.045, sobre mercado de valores; en el Título XVII del decreto con fuerza de ley N° 3, del Ministerio de Hacienda, de 1997, ley General de Bancos; en el artículo 168 en relación con el artículo 178, N° 1, ambos del decreto con fuerza de ley N° 30, del Ministerio de Hacienda, de 2005, que aprueba el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto con fuerza de ley N° 213, del Ministerio de Hacienda, de 1953, sobre Ordenanza de Aduanas; en el inciso segundo del artículo 81 de la ley N° 17.336, sobre propiedad intelectual; en los artículos 59 y 64 de la ley N° 18.840, orgánica constitucional del Banco Central de Chile; en el párrafo tercero del número 4° del artículo 97 del Código Tributario; en los párrafos 4, 5, 6, 9 y 9 bis del Título V y 10 del Título VI, todos del Libro Segundo del Código Penal; en los artículos 141, 142, 366 quinquies, 367, 374 bis, 411 bis, 411 ter, 411 quáter, 411 quinquies, y los artículos 468 y 470, numerales 1°, 8 y 11, en relación al inciso final del artículo 467 del Código Penal, o bien, a sabiendas de dicho origen, oculte o disimule estos bienes.

b) El que adquiera, posea, tenga o use los referidos bienes, con ánimo de lucro, cuando al momento de recibirlos ha conocido su origen ilícito.

Se aplicará la misma pena a las conductas descritas en este artículo si los bienes provienen de un hecho realizado en el extranjero, que sea punible en su lugar de comisión y en Chile constituya alguno de los delitos señalados en la letra a) precedente.

⁴¹ Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N° 19.913. Cámara de Diputados: primer trámite constitucional*, (Chile: Biblioteca del Congreso Nacional, 2003), 3.

⁴² BCN, *Historia de la Ley N° 19.913, Cámara de Diputados: primer trámite*, 42.

Para los efectos de este artículo, se entiende por bienes los objetos de cualquier clase apreciables en dinero, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, como asimismo los documentos o instrumentos legales que acreditan la propiedad u otros derechos sobre los mismos.

Si el autor de alguna de las conductas descritas en las letras a) o b) no ha conocido el origen de los bienes por negligencia inexcusable, la pena privativa de libertad que corresponda de acuerdo al inciso primero o final de este artículo será rebajada en dos grados.

La circunstancia de que el origen de los bienes aludidos sea un hecho típico y antijurídico de los señalados en la letra a) del inciso primero no requerirá sentencia condenatoria previa, y podrá establecerse en el mismo proceso que se substancie para juzgar el delito tipificado en este artículo.

Si el que participó como autor o cómplice del hecho que originó tales bienes incurre, además, en la figura penal contemplada en este artículo, será también sancionado conforme a ésta.

En todo caso, la pena privativa de libertad aplicable en los casos de las letras a) y b) no podrá exceder de la pena mayor que la ley asigna al autor del crimen o simple delito del cual provienen los bienes objeto del delito contemplado en este artículo, sin perjuicio de las multas y penas accesorias que correspondan en conformidad a la ley.”

Respecto a las acciones típicas, en el artículo 27 letra a) se pueden encontrar dos: ocultar o disimular.

1. “Ocultar, según el diccionario de la Real Academia Española significa esconder, tapar, disfrazar, o encubrir a la vista.
2. Por su parte disimular se define como ocultar algo para que no se vea o para que parezca distinto de lo que es.

Ambos conceptos tendrían una relación género-especie, ya que disimular exige una conducta tendiente al engaño, el fraude y la astucia, siendo especie de ocultar.”⁴³

En el artículo 27 letra b), en cambio , se establecen cuatro acciones típicas: adquirir, poseer, tener y utilizar.

1. “Adquirir o poseer implican realizar ciertas operaciones de significación jurídica, comercial o económica.
2. Tener o usar son actos meramente materiales y pueden afectar a los autores de los hechos que generaron los bienes y a sus lavadores, que normalmente se valdrán de ellos”.⁴⁴

Según Brond, la inclusión de la acción típica de poseer y utilizar los bienes con origen ilícito supone una ampliación desmesurada del tipo penal, ya que estas no constituirían conductas de lavado propiamente tal.⁴⁵

⁴³ Brond, “Delito de lavado de dinero en Chile y Argentina. Breve análisis de derecho comparado”, 80.

⁴⁴ Brond, “Delito de lavado de dinero en Chile y Argentina. Breve análisis de derecho comparado”, 83.

⁴⁵ Brond, “Delito de lavado de dinero en Chile y Argentina. Breve análisis de derecho comparado”, 83.

1.5.2 EL SUJETO ACTIVO DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

El sujeto activo del delito de lavado de dinero puede ser cualquiera, incluso quien intervino como autor o cómplice en el hecho generador de los bienes. El precepto admite expresamente el autolavado, como indica el artículo 27 letra b) inciso 6°

“Si el que participó como autor o cómplice del hecho que originó tales bienes incurre, además, en la figura penal contemplada en este artículo, será también sancionado conforme a ésta.”

1.5.3 EL OBJETO DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

El objeto material, cosa corporal o incorporal sobre la que recae la conducta típica, corresponde en el caso del delito de lavado de activos a bienes de origen ilícito, pero no cualquier ilícito, sino solo aquellos bienes originados por los delitos que establece el mismo artículo 27 de la Ley 19.913. El texto entiende por bienes, según el artículo 27 letra b) párrafo 2:

“los objetos de cualquier clase apreciables en dinero, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, como asimismo los documentos o instrumentos legales que acreditan la propiedad u otros derechos sobre los mismos.”

Que los bienes tengan origen ilícito significa que fueron generados mediante una acción típica y antijurídica, lo que ha dado pie a largos debates en la doctrina internacional sobre la acreditación del delito previo, como por ejemplo lo ya mencionado respecto al caso de España. Sin embargo, la legislación nacional da su propia solución zanjando cualquier duda, ya que indica en el inciso cuarto del artículo 27 que:

“La circunstancia de que el origen de los bienes aludidos sea un hecho típico y antijurídico de los señalados en la letra a) del inciso primero no requerirá sentencia condenatoria previa, y podrá establecerse en el mismo proceso que se substancie para juzgar el delito tipificado en este artículo”.

Sobre la relación entre el objeto sobre el que recae la conducta y el delito base, este puede provenir directa o indirectamente del delito, es decir, el tipo es aplicable a los bienes que subrogan dichos objetos⁴⁶.

1.5.4 DELITOS BASE

⁴⁶ Héctor Hernández, “Límites del tipo objetivo de lavado de dinero”, en *Delito, Pena y Proceso: Libro Homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta*, coord. Luis Rodríguez Collao, 495-518. (Santiago: Editorial Jurídica, 2008), 496.

Los delitos base de los cuales pueden proceder los bienes objeto o efectos⁴⁷ del delito de lavado de activos están enumerados en la ley, recurriendo a una técnica de catálogo cerrado, inspirado en el modelo alemán y estadounidense, a diferencia de la legislación argentina. Los delitos establecidos en la ley son:

1. Ley 20.000 sobre Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas;
2. Ley 18.314 sobre conductas terroristas;
3. Ley 17.798 (artículo 10), Ley de Control de armas;
4. Ley 18.045, (Título XI) sobre Mercado de valores;
5. Ley General de Bancos (Título XVII);
6. Ordenanza de aduanas (artículo 168 en relación al 178 N°1);
7. Ley N° 17.336 sobre propiedad industrial (artículo 81);
8. LOC N° 18.840 del Banco Central de Chile (artículos 59 y 64);
9. Código Tributario (artículo 97 N° 4 párrafo tercero);
10. Código Penal (Párrafos 4,5,6, 9 y 9 bis del Título V, y 10 del título VI del Libro II);
11. Código Penal (Artículos 141, 142, 366 quinquies, 367 y 367 bis (derogado) 411 bis, 411 ter, 411 quáter, 411 quinquies y artículos 468 y 470 N° 1, 8 y 11 en relación al inciso final del artículo 467).

Por lo tanto, los delitos previos que pueden configurar lavado de activos son: tráfico y microtráfico de estupefacientes; terrorismo efectuado en cualquiera de sus formas; tráfico ilegal de armas; infracciones a la ley de armas; infracciones a la Ley de Mercado de Valores; infracciones penales a la Ley General de Bancos; contrabando de mercancías cuyo valor exceda de 25 UTM; delito de “piratería”; falsificación de billetes; obtención fraudulenta de devolución de impuestos; secuestro; sustracción de menores; producción de material pornográfico que involucre a menores de 18 años; prostitución de menores de edad; tráfico de migrantes; “trata de blancas”; trata de personas; asociación ilícita para el tráfico ilícito de migrantes y trata de

⁴⁷Respecto a los efectos del delito, esto se regula en el Código Penal en su Art. 31. “Toda pena que se imponga por un crimen o un simple delito, lleva consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los instrumentos con que se ejecutó, a menos que pertenezcan a un tercero no responsable del crimen o simple delito”.

personas; y estafa calificada por la clase de engaño, apropiación indebida, estafa al fisco, administración desleal en los casos en que el valor de la cosa defraudada excediera de 400 UTM.

Según se establece en la historia de la ley, la modificación motivada por la necesidad de ampliar el tipo tuvo lugar puesto que: “nuevos estudios han permitido constatar la necesidad de perfeccionar el tipo penal de lavado de dinero, fundamentalmente para hacerlo comprensivo de otros delitos graves que sirven de fundamento a tal conducta, además del tráfico de drogas”⁴⁸. Se establece entonces un criterio de gravedad para seleccionar los delitos base, excluyéndose así la posibilidad de considerar todos los delitos como sucede en la regulación argentina.

Cabe señalar que a pesar de la ampliación del catálogo, de todas formas el delito base con mayor presencia en el sistema judicial chileno es el tráfico ilícito de drogas, representando el 72% de las sentencias condenatorias por lavado de activos en Chile entre los años 2007 y 2018, seguido por delitos asociados a la corrupción, con un 15,9%⁴⁹.

1.6 ALGUNAS PROBLEMÁTICAS EN TORNO AL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

El delito de lavado de activos, históricamente ha sido asociado a dos figuras con las que tendría características afines: la receptación y el encubrimiento⁵⁰. Los delitos de lavado de activos, receptación y encubrimiento tienen un elemento común: para que existan como tales requieren la previa comisión de otro delito. Es en este otro delito en el que tiene origen o del cual procede el objeto material sobre el que recae la conducta típica respectiva⁵¹. Esta asociación ha generado algunos problemas con la forma en que el delito fue tipificado en las distintas legislaciones y, como se verá más adelante, también con la forma de entender el delito y los principios que le son aplicables.

Otra problemática es la referida al fenómeno conocido como la expansión del delito de lavado de activos, y los esfuerzos por mejorar su tipificación, en busca de limitar las acciones punibles.

⁴⁸ BCN, *Historia de la Ley N° 19.913, Cámara de Diputados: primer trámite*, 18.

⁴⁹ Unidad de Análisis Financiero, *V Informe de tipologías y señales de alerta de lavado de activos en Chile*, 21.

⁵⁰ De Mosteyrín, “El delito de blanqueo de capitales a la luz de la normativa internacional sobre la materia”, 402.

⁵¹ Del Carpio, “La normativa internacional del blanqueo de capitales:”, 685.

La ampliación del catálogo de conductas o acciones típicas en el delito de lavado de activos ha llevado a que se sancionen conductas que podrían ser consideradas neutrales o socialmente adecuadas, como indica Blanco⁵², lo que junto a la gran cantidad de bienes que se pueden considerar directa o indirectamente contaminados por la acción de lavado, trae como consecuencia el castigo excesivo y desmedido. Por eso, es importante encontrar límites para frenar el fenómeno expansivo.

1.6.1 DELITO DE RECEPCIÓN

En España, tal como se mencionó, la Ley Orgánica 1/1988 de 24 de marzo introduce dentro de las modalidades de recepción, de forma indirecta, el lavado de dinero procedente del tráfico ilícito de drogas⁵³, tipificándolo como recepción específica⁵⁴. Esta forma de tipificación tuvo adeptos y detractores en la doctrina española. Quienes estuvieron en desacuerdo, destacan las diferencias que existen entre ambos delitos:

1. Bienes jurídicos protegidos: En primer lugar, ambos tipos penales protegen bienes jurídicos diferentes. Mientras la recepción propia es un delito contra el patrimonio, no hay acuerdo respecto al lavado de dinero. Algunos se inclinan por considerar que el bien jurídico protegido es el mismo del delito previo, otros la administración de justicia y por último el orden socio económico⁵⁵.
2. Posibilidad de que el autor del delito base pueda ser sujeto activo del delito posterior: Otra diferencia es que en el lavado de activos se admite expresamente la posibilidad de que el autor del delito previo pueda ser autor del lavado, por lo menos en la legislación española y chilena, como se verá más adelante en detalle. En cambio en la recepción

⁵² Isidoro Blanco Cordero, “Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. L, (1997): 263-292, 264, https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-P-1997-10026300292

⁵³ Carlos Suarez Gonzalez, *Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española*, (Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005), 4, <http://www.cervantesvirtual.com/obra/blanqueo-de-capitales-y-merecimiento-de-pena-consideraciones-critica-a-la-luz-de-la-legislacin-espaola-0/>

⁵⁴ Fernández, “En torno al concepto del blanqueo de capitales.”, 272.

⁵⁵ Suarez, *Blanqueo de capitales y merecimiento de pena:*, 6.

no es así, incluso la legislación española incluye como requisito el no haber participado el receptor ni como autor ni como cómplice del delito previo⁵⁶.

3. Penalidad: la penalidad suele ser menor en la receptación, por ejemplo en España la receptación se castiga sólo con pena de prisión, en cambio el lavado o blanqueo también incluye una multa. Además la pena de prisión es menor en la receptación, que en su forma agravada alcanza de 1 a 3 años, en cambio el lavado alcanza 6 años⁵⁷.
4. Concurso de delitos: también pueden surgir problemas concursales entre la receptación y el lavado de activos en aquellas legislaciones en que el delito previo comprende delitos de índole patrimonial⁵⁸. El encubrimiento de los bienes, conducta constitutiva de lavado, puede servir para el aprovechamiento de los efectos del delito, conducta constitutiva de receptación en el derecho español. Ante esto, puede encontrarse la solución siguiendo los criterios de solución de concurso de leyes, para algunos el adecuado sería la especialidad, y para otros la consunción⁵⁹.
5. Autonomía del lavado de activos: Por último, el lavado de activos es considerado un tipo autónomo, no es un tipo conexo o de referencia a otro, porque a diferencia de la receptación o del encubrimiento, la pena a imponer no depende de la pena abstracta asignada al delito previo⁶⁰.

1.6.2 DELITO DE ENCUBRIMIENTO

Un ejemplo ilustrativo de la proximidad entre el delito de lavado de activos y el de encubrimiento tiene lugar en la legislación argentina: en un determinado punto, con la ley 25.246 del año 2000 que modificó el Código Penal argentino, se estableció el delito de lavado de dinero como una forma agravada de encubrimiento, incluso estableciendo un capítulo llamado “Encubrimiento y lavado de activos de origen delictivo”⁶¹.

⁵⁶ De Mosteyrín, “El delito de blanqueo de capitales a la luz de la normativa internacional sobre la materia”, 403.

⁵⁷ De Mosteyrín, “El delito de blanqueo de capitales a la luz de la normativa internacional sobre la materia”, 404.

⁵⁸ Isidoro Blanco Cordero, “Penalización de Lavado de Dinero: Aspectos Sustantivos, Principios y Recomendaciones Internacionales”, en *Combate del lavado de activos desde el sistema judicial*, 3a. ed. Colab. Eduardo Fabián Caparrós et. al., 127-225. (Washington, DC: Organización de los Estados Americanos, 2007), 183.

⁵⁹ Blanco, “Penalización de Lavado de Dinero:”, 184.

⁶⁰ Del Carpio, “La normativa internacional del blanqueo de capitales:”, 686.

⁶¹ Fernando Córdoba, “¿Se puede castigar el autolavado?”, *Revista de derecho penal y criminología*, año II n°5 (2012): 234-246, p7.

En general, el origen de la confusión entre el delito de lavado de activos y el encubrimiento surge debido a que en las tipologías que se utilizan para describir la conducta de lavar activos se emplean verbos usados a su vez en el delito de encubrimiento, como encubrir y ocultar⁶². El encubrimiento tiene características comunes con la receptación y con el lavado de activos, pero a la vez se distingue de ambos:

1. Sujeto activo: En primer lugar, no existe el autoencubrimiento⁶³, por lo cual se asemeja a la receptación, pero se diferencia del lavado de activos en este punto, el cual admite esta figura. No obstante, esta característica ha generado varias discusiones doctrinarias, y ocupa un rol central en los cuestionamientos a la punibilidad del autolavado de activos, ya que se ha pretendido extender los fundamentos del encubrimiento a este delito, como será explicado en el siguiente capítulo.
2. Penalidad: También hay diferencias en la penalidad, ya que jamás se podrá imponer una pena más grave por encubrir un delito que por cometerlo⁶⁴.
3. Delitos base: Otra diferencia se encuentra respecto a los delitos base, ya que en el encubrimiento hay posibilidades ilimitadas, en cambio en el lavado de activos este generalmente tiene como delitos base un catálogo determinado, aunque no en todas las legislaciones⁶⁵.
4. Por último, el encubrimiento incluye una excusa absolutoria respecto a ciertos parientes, lo cual no sucede en el lavado de activos.

Por otra parte, las acciones típicas del encubrimiento también presentan algunas similitudes con las acciones típicas del lavado de activos, como el ayudar al responsable de un delito a eludir la investigación⁶⁶ o facilitar medios para que se aprovechen de los efectos del delito⁶⁷. En efecto, en el derecho chileno también se vinculó la figura del encubrimiento con los orígenes del lavado

⁶² Eduardo Germán Bauché, *Lavado de dinero: Encubrimiento y lavado de activos: Ley 25,246, reformada por Ley 26,087: comentada*. 1ra ed. (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 2006), 26.

⁶³ De Mosteyrín, “El delito de blanqueo de capitales a la luz de la normativa internacional sobre la materia”, 404.

⁶⁴ De Mosteyrín, “El delito de blanqueo de capitales a la luz de la normativa internacional sobre la materia”, 404.

⁶⁵ Se desarrollará más adelante respecto a España, Argentina y Chile.

⁶⁶ Respecto al tipo español en De Mosteyrín “El delito de blanqueo de capitales a la luz de la normativa internacional sobre la materia”, 405.

⁶⁷ Tipo de encubrimiento en el Código Penal Chileno, Art.17.

de activos, como indicó Sergio Politoff “había, en efecto, algunos fallos que incriminaban actos de favorecimiento real del tráfico de estupefacientes (como guardar efectos del delito), con arreglo al artículo 17 del Código penal”⁶⁸. Así también lo consideraba Juan Pablo Hermsilla, quien durante la discusión de la ley 19.913 quiso dar cuenta de que “parece existir la creencia que el lavado de dinero era impune antes de esta ley (19.366) y que, como lo dice el Mensaje, se creó un delito nuevo. Eso no es así. La conducta está tipificada en el Código Penal desde 1875, a través de una forma de encubrimiento contenida en el artículo 17, número 1, que es una fórmula muy sencilla, y muy clara”⁶⁹

1.6.3 DELIMITACIÓN DEL TIPO

El tipo del lavado de activos ha sido criticado por su amplitud en la doctrina comparada y nacional, especialmente en España y Alemania: al admitirse el lavado sustitutivo (referido al lavado que se realiza respecto de los bienes que vienen indirectamente del delito base, y en casos de posterior aprovechamiento y transformación de los objetos provenientes directamente del delito⁷⁰), bienes que han sufrido transformaciones y han pasado por muchas manos aún pueden seguir siendo objetos idóneos del lavado. Asimismo, se aprecia un efecto expansivo a causa del elevado número de transacciones, lo que lleva a que el número de objetos “contaminados” aumente⁷¹, y con mayor razón cuando ambos fenómenos convergen. Todo esto ha llevado a esfuerzos por parte de la doctrina por limitarlo, para lo cual se presentan diversas opciones, las que pretenden restringir el tipo ya sea en el ámbito subjetivo, o bien en el objetivo⁷².

Relativo al tipo subjetivo, un sector doctrinal considera que la problemática de la punibilidad de las acciones socialmente adecuadas, como describe Isidoro Blanco⁷³ o también llamadas

⁶⁸ Sergio Politoff, y Jean Pierre Mattus, *Lavado de dinero y tráfico ilícito de estupefacientes* (Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1999), 37.

⁶⁹ Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la ley 19.913. Senado: Segundo trámite constitucional* (Chile: Biblioteca del Congreso Nacional, 2003), 130.

⁷⁰ Hernández, “Límites del tipo objetivo de lavado de dinero”, 496.

⁷¹ Hernández, “Límites del tipo objetivo de lavado de dinero”, 498.

⁷² Blanco, “Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales”, 273.

⁷³ Blanco, “Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales”, 264.

neutrales o estándar⁷⁴, es en realidad un problema sobre el dolo, especialmente el dolo eventual⁷⁵. Una acción neutra o socialmente adecuada (normal, diaria) pierde ese carácter y se transforma en punible si se realiza con dolo directo. Al contrario, son impunes aquellos comportamientos típicos y antijurídicos que se realizan bajo la cobertura de acciones socialmente adecuadas. Para solucionar este asunto, se proponen algunos criterios:

1. El primero consiste en considerar que los negocios diarios susceptibles de utilizarse para lavar dinero de origen delictivo se desenvuelven en el marco del riesgo permitido⁷⁶. Estas actividades conllevan un riesgo de lavado, pero se entiende permitido cuando se cumplen las reglas previstas para su desenvolvimiento.
2. Otro criterio consiste en distinguir dos tipos de acciones: aquellas que puede realizar cualquier persona, y aquellas que se realizan por profesionales propensos al lavado de activos, sobre quienes pesan obligaciones de cuidado⁷⁷. Sobre el primer grupo, se niega la punibilidad por dolo eventual, en cambio sobre los profesionales, son punible las acciones cometidas con dolo eventual.
3. El tercer criterio considera la vía legislativa, por ejemplo, el aumento de los requisitos subjetivos respecto del tipo de lavado de activos, dejando impune el realizado con dolo eventual⁷⁸.
4. Otra posible solución, en caso de que se declare punible el lavado con dolo eventual, es excluir expresamente del tipo ciertas prestaciones, como el pago de prestaciones debidas o la prestación de servicios de primera necesidad⁷⁹.
5. Por último, se puede considerar la introducción de un límite cuantitativo por bajo del cual la conducta sería atípica⁸⁰.

Por otro lado, autores como Héctor Hernández plantean que los límites dados por la tipicidad subjetiva son insuficientes para determinar la punibilidad de una conducta⁸¹. En efecto, más allá

⁷⁴ Hernández, “Límites del tipo objetivo de lavado de dinero”, 510.

⁷⁵ Blanco, “Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales”, 273.

⁷⁶ Blanco, “Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales”, 274.

⁷⁷ Blanco, “Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales”, 275.

⁷⁸ Blanco, “Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales”, 275.

⁷⁹ Blanco, “Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales”, 276.

⁸⁰ Blanco, “Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales”, 276.

⁸¹ Hernández, “Límites del tipo objetivo de lavado de dinero”, 508.

del deficitario límite subjetivo dado por la exigencia de dolo⁸², son abundante los esfuerzos dogmáticos por filtrar en sede objetiva la conducta estándar del ámbito de lo punible, entre ellas se destacan:

1. La teoría de la adecuación social: Construcción de Welzel, según la cual quedarían excluidas del tipo del lavado las operaciones mercantiles de la vida diaria que se muevan dentro del ámbito de lo normal⁸³.
2. La prohibición de regreso: teoría de Jakobs según la cual el partícipe no puede ser considerado responsable cuando su conducta es independiente de la posterior realización del tipo, es decir, cuando la conducta tiene un sentido propio atípico, lo que se aplica especialmente en negocios cotidianos⁸⁴. El interviniente crea una situación que puede ser utilizada por otras personas para realizar el tipo, pero el interviniente no ha pretendido crear ningún riesgo especial. Como ejemplo se da el caso del panadero, al que no se le considera responsable por homicidio cuando adivina el plan del comprador de envenenar el pan, pero le vende de todas formas⁸⁵.
3. El principio de proporcionalidad: Según Lowe-Krahl el método de formular el injusto penal solo en base a factores subjetivos va en contra de la nueva dogmática penal. Solo se cumple con el principio de proporcionalidad en los casos en que se sancionan las acciones discrepantes de las habituales⁸⁶.

Estas posturas son radicales en cuanto buscan la irrelevancia penal de las conductas estándar, por lo que no son generalmente aceptadas, pero sirven para constatar una intuición extendida en torno a que la tipicidad objetiva general de las conductas neutrales necesita justificación y límites⁸⁷.

Por último encontramos la propuesta de Stephan Barton⁸⁸, quien analizando el tipo establecido en el Código Penal alemán propone adaptar los criterios de imputación causal o de imputación

⁸² Hernández, “Límites del tipo objetivo de lavado de dinero”, 508.

⁸³ Blanco, “Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales”, 277.

⁸⁴ Hernández, “Límites del tipo objetivo de lavado de dinero”, 509.

⁸⁵ Blanco, “Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales”, 278.

⁸⁶ Blanco, “Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales”, 279.

⁸⁷ Hernández, “Límites del tipo objetivo de lavado de dinero”, 511.

⁸⁸ Hernández, “Límites del tipo objetivo de lavado de dinero”, 500.

objetiva de resultados, a fin de determinar los alcances de esta relación⁸⁹. Barton intenta realizar una reducción teleológica de los tipos del lavado de activos con base en el criterio del fin de protección de la norma⁹⁰. Este autor opina que el financiamiento de los medios de vida necesarios con dinero de origen delictivo no es una conducta subsumible en el tipo del lavado de dinero, y tampoco lo es la aceptación de dinero manchado si es a cambio de alimentos, pagos de arriendo, ropa etc.

Como se ha visto, el carácter neutral de una conducta sirve de fundamento para excluir su punibilidad, pero en el lavado de activos esta idea choca con la decisión del legislador en orden de incriminar conductas de tal carácter para conseguir el aislamiento de los responsables del delito base. Por lo tanto, las limitaciones deben buscarse dentro del ámbito específico del lavado de activos, para no hacer inoperante el tipo al ir contra la voluntad legislativa. Pueden ser de ayuda, como se ha expuesto en este apartado, los criterios basados en la insignificancia del caso concreto, admitiéndose la atipicidad de la actividad comercial cotidiana de bagatela, y en casos en que el sujeto activo del delito base actúe como consumidor.⁹¹

⁸⁹ Hernández, “Límites del tipo objetivo de lavado de dinero”, 500.

⁹⁰ Blanco, “Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales”, 279.

⁹¹ Hernández, “Límites del tipo objetivo de lavado de dinero”, 512.

CAPÍTULO II: EL AUTOLAVADO DE ACTIVOS

2.1 CONCEPTO

Por “autolavado” debe entenderse a las conductas de lavado de dinero que son llevadas a cabo por la misma persona que cometió o que participó en el delito previo o base⁹². También puede definirse como la conducta posterior a la ejecución de un ilícito penal previo, desarrollada por el mismo autor, con la finalidad de disimular la ilicitud del origen de los bienes obtenidos⁹³.

Para entender la figura, podemos ejemplificar con el siguiente caso⁹⁴: Una persona, a quien denominaremos X, se dedicaba el tráfico ilícito de drogas y, con el fin de poder adquirir bienes con el dinero ilícitamente obtenido, recurre a dos sujetos, a quienes denominaremos A y B, quienes actuaron como testaferros (tipología de lavado de activos que consiste en inscribir bienes a nombre de terceros que no son sus legítimos dueños, pero aparentan serlo, con el fin de ocultar el origen de los mismos⁹⁵). X obtuvo cuantiosas ganancias provenientes del tráfico ilícito de drogas, e introdujo este dinero al sistema económico formal a través de las siguientes operaciones:

1. A inscribió a su nombre un vehículo comprado por X, a través del pago de la totalidad en efectivo a una automotora.
2. B inscribió a su nombre un vehículo adquirido por X, a través del pago de la totalidad en efectivo a una automotora.

De esta forma, a sabiendas que determinados bienes provenían directa e indirectamente del tráfico de drogas, X, a través de A y B, ocultó su origen con el objetivo de desvincularlos de la actividad ilícita. Finalmente su operación fue descubierta, y los tres sujetos fueron condenados como autores del delito de lavado de activos, A y B como testaferros, y X por ocultar el origen

⁹² Alejandra Verde, “¿Es el autolavado de dinero un delito posterior co-penado?”, *Revista En letra: Derecho Penal*, año I, n° 2 (2016): 55-85, 57, [https://docs.wixstatic.com/ugd/e7bffd_b1c58b3b16504da58ddcd7798e5e8329.pdf] [https://docs.wixstatic.com/ugd/e7bffd_b1c58b3b16504da58ddcd7798e5e8329.pdf]

⁹³ Reggiani, “Lavado de activos. Código Penal comentado”, 17.

⁹⁴ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Melipilla, Sentencia RIT 155-2017.

⁹⁵ Unidad de Análisis Financiero, *V Informe de tipologías y señales de alerta de lavado de activos en Chile*, 18.

ilícito del dinero que obtuvo de su propia actividad ilícita de tráfico de drogas, es decir, un autolavado de activos.

2.2 FORMA DE TIPIFICACIÓN: MODELOS LEGISLATIVOS

En el derecho comparado, existen diversos modelos legislativos que han orientado en la determinación del sujeto activo del lavado de activos, y su alcance a los sujetos intervinientes, ya sea como autores o cómplices, en el delito previo⁹⁶:

1. El primero es el llamado sistema alternativo⁹⁷. Este sistema se caracteriza por la expresa exclusión de los intervinientes en el delito previo de la órbita de sujetos activos del delito de lavado de activos, por lo cual el autolavado en una figura atípica. Este fue el sistema utilizado por Argentina antes de la reforma impulsada por la ley 26.683 del año 2011.
2. El segundo modelo es el sistema acumulativo⁹⁸. Este sistema se caracteriza por explicitar en sus normas la posibilidad de que los intervinientes en el delito previo puedan ser autores del delito posterior de lavado de activos, con lo cual dan lugar a la figura de autolavado. Este es el sistema utilizado por Chile y por España en la actualidad.
3. Por último, existe un tercer modelo llamado sistema de no declaración explícita⁹⁹. En este sistema no se hace referencia expresa respecto al mandato o prohibición de sancionar el autolavado de activos. En este caso, para determinar la punibilidad del autolavado debe analizarse la integridad del sistema jurídico represor para establecer si el lavado de activos es considerado un delito autónomo, y si la conducta corresponde a un autolavado o solo a un acto de agotamiento del delito precedente. Este es el modelo utilizado actualmente en Argentina.

⁹⁶ Fidel Mendoza Llamacponcca, “Discusión en torno al autolavado y problemática sobre la actuación de los abogados frente al lavado de activos”, *Revista sapere*, n° 14 (2017), 16, https://derecho.usmp.edu.pe/sapere/ediciones/edicion_14/sumario.html

⁹⁷ Del Carpio, “La normativa internacional del blanqueo de capitales:”, 700.

⁹⁸ Del Carpio, “La normativa internacional del blanqueo de capitales:”, 702

⁹⁹ Mendoza, “Discusión en torno al autolavado...”, 18.

2.3 CONSAGRACIÓN DEL AUTOLAVADO DE ACTIVOS

2.3.1 CONSAGRACIÓN DE LA FIGURA EN EL DERECHO ESPAÑOL

La normativa española no establecía una cláusula que prohibiera la punición del autolavado o autoblanqueo, a diferencia de la ley argentina. Fue así que, mediante la reforma del Código Penal español establecida por la LO 5/2010 del 22 de junio de 2010, se introdujo como sujeto activo del delito de blanqueo o lavado a quien efectúe los actos de lavado sobre bienes provenientes de la conducta delictiva previa “cometida por él”¹⁰⁰ (art. 301, inc. 1, del Código Penal). Tal decisión legislativa ha producido diversas críticas en la doctrina española, como se verá posteriormente.

Con la tipificación del autolavado la ley española cambia a un modelo acumulativo¹⁰¹, estableciendo expresamente que los intervinientes en el delito previo puedan ser a la vez autores de las conductas posteriores constitutivas del delito de blanqueo o lavado de dinero.

2.3.2 CONSAGRACIÓN DE LA FIGURA EN EL DERECHO ARGENTINO

La situación en el derecho argentino es especial, ya que la antigua norma prohibía expresamente la figura. Con la ley 25.246 del año 2000 se modificó el Código Penal argentino en el capítulo XIII “*Encubrimiento*” por el de “*Encubrimiento y lavado de activos de origen delictivo*”, quedando el lavado de dinero como una forma agravada de encubrimiento. De tal manera, se estableció la no punibilidad del autolavado, incluyéndose como requisito que el autor no hubiese participado en el delito previo. Así, siguiendo la lógica aplicada al autoencubrimiento, se consideró el autolavado como un acto posterior copenado¹⁰², tema clave en la vasta discusión doctrinaria respecto a la punibilidad del autolavado, que será abordado luego en profundidad.

¹⁰⁰ De Mosteyrín, “El delito de blanqueo de capitales a la luz de la normativa internacional sobre la materia”, 390.

¹⁰¹ Del Carpio, “La normativa internacional del blanqueo de capitales:”, 700.

¹⁰² Córdoba, “¿Se puede castigar el autolavado?”, 1.

Posteriormente, con la ley N°26.683 del año 2011 se modificó la ubicación del delito en el Código Penal argentino y el contenido del texto que castiga el lavado de dinero, suprimiendo la prohibición de castigar al autor del delito base o precedente. Se introdujo el artículo 303, 304 y 305 bajo el nuevo título “*Delitos contra el orden económico y financiero*”, estableciendo la tipicidad del autolavado, pero no necesariamente su punibilidad¹⁰³, como se verá a continuación. Esta modificación estuvo motivada por las recomendaciones internacionales, especialmente del Grupo de Acción Financiera (GAFI), quienes tanto en la Evaluación Mutua del año 2000, como en sus evaluaciones del año 2004 y 2010, sugieren la tipificación del autolavado¹⁰⁴.

2.3.3 CONSAGRACIÓN DE LA FIGURA EN EL DERECHO CHILENO

En el caso de la ley chilena la figura se consagra en el artículo 27 párrafo penúltimo de la Ley N° 19.913 del año 2003, modificada por la Ley N°20.818 del 2015, la cual señala que:

“si el que participó como autor o cómplice del hecho que originó tales bienes incurre, además, en la figura penal contemplada en este artículo, será también sancionado conforme a ésta”

Y, si bien esta fue su consagración expresa, la anterior regulación del lavado de activos en la legislación nacional, contenida en el artículo 12 de la ley 19.366, no hacía mención a esta figura, omisión que generó cierto debate respecto a la posibilidad de que el autor del delito previo pudiera ser castigado por el delito de lavado de activos, lo cual será abordado en próximas páginas.

2.4 IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES CUESTIONAMIENTOS QUE ACARREA LA TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE AUTOLAVADO DE ACTIVOS

El castigo del autolavado de activos no ha estado exento de controversias, lo que se ha desarrollado especialmente en la doctrina española y argentina. Luego de una revisión de las principales discusiones que ha generado esta figura, es posible identificar los cuestionamientos

¹⁰³ Verde, “¿Es el autolavado de dinero un delito posterior co-penado?” 59.

¹⁰⁴ Córdoba, “¿Se puede castigar el autolavado?”, 1

más relevantes en torno al castigo del autolavado de activos, los que serán expuestos a continuación en relación a la normativa comparada y la regulación nacional.

2.4.1 AUTOLAVADO COMO ACTO POSTERIOR COPENADO

Según Santiago Mir Puig, los actos posteriores copenados “son hechos que por sí solos realizarían un tipo de delito, pero que quedan consumidos por otro delito al cual siguen. La razón es que tales actos constituyen la forma de asegurar o realizar un beneficio obtenido o perseguido por un hecho anterior y no lesionan ningún bien jurídico distinto al vulnerado por este hecho anterior ni aumentan el daño producido por el mismo”¹⁰⁵. Según Alejandra Verde, dentro de los presupuestos del delito posterior copenado podemos encontrar¹⁰⁶:

1. Que una misma persona cometa dos delitos de forma sucesiva. El delito posterior copenado exige un delito anterior, junto con el cual conforma un único ilícito (una unidad de valoración típica), el delito anterior consume al posterior, y ello mismo ocurre respecto del castigo.
2. Que el segundo delito haya sido realizado con el fin de utilizar, asegurar o aprovechar el resultado del primero. Es decir, que tenga como finalidad darle sentido al delito anterior, al asegurar, utilizar o aprovechar el resultado ilícito adquirido.
3. Que el delito posterior no afecte un bien jurídico diferente. Este punto es ampliamente discutido. La doctrina mayoritaria exige la identidad del bien jurídico lesionado. Jakobs afirma lo mismo, considerando que hay solo dos grupos de casos en que puede existir un hecho posterior copenado: los que afectan el patrimonio y propiedad, y los delitos de duración o que una vez consumado, permanece la obligación de impedir el resultado lesivo o hacer que cesen sus efectos. Hay doctrina, minoritaria, que rechaza o relativiza este requisito¹⁰⁷.
4. Que el afectado por ambos delitos sea la misma persona. Aunque esto sucede en la mayoría de los casos, no es un requisito necesario.

¹⁰⁵ Santiago Mir Puig, *Derecho Penal. Parte general*, 10ª ed., 1ª reimpr., (Barcelona: Reppertor, 2016)

¹⁰⁶ Verde, “¿Es el autolavado de dinero un delito posterior co-penado?”, 55-85.

¹⁰⁷ Como por ejemplo Fernando Córdoba.

5. Que el delito posterior no aumente cualitativamente el daño más allá del causado por el delito previo.

Por su parte, José Manuel Palma Herrera¹⁰⁸ considera que el término “hecho posterior copenado” deberá aplicarse única y exclusivamente a los supuestos en los que el desvalor de una conducta es contemplado y consumido ya por el desvalor de otra conducta que se había realizado con carácter previo. Esto es, a los supuestos de concurso de normas penales en los que uno o varios hechos guiados por una unidad finalística son incardinables, en principio, en distintos preceptos, aunque uno de ellos acaba desplazando al tipo posterior, que no llega a ser realizado, siquiera, por el autor.

En este orden de ideas, múltiples autores consideran que el autolavado sería un acto posterior copenado respecto al delito previo o base, por lo tanto, consideran que el autolavado no debería ser castigado, o por lo menos no autónomamente. Las posturas de las y los diferentes autores sobre este tema será expuesta en la sección 2.5.

2.4.2 AUTOENCUBRIMIENTO IMPUNE Y NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA

El autoencubrimiento no es punible, y así lo establecen algunas legislaciones de forma textual, como en el caso de Argentina¹⁰⁹, volviéndolo atípico. Esto porque el encubrimiento presenta cierta autonomía en las reglas de participación, es decir, participación y encubrimiento son títulos incompatibles. La razón que subyace a que el autoencubrimiento no sea punible se relaciona con la teoría de concurso aparente de delitos. En este sentido, el encubrimiento del propio delito, dirigido al aseguramiento y aprovechamiento de los beneficios obtenidos de éste debe ser considerado un acto posterior copenado, asunto ya tratado en el acápite anterior. Y a pesar de que el encubrimiento dañe el bien jurídico protegido por el delito previo y además la administración de justicia, esto no ha sido impedimento para que tradicionalmente sea considerado como un acto posterior copenado, es decir, ya computado en la sanción al delito

¹⁰⁸ José Manuel Palma Herrera, *Los delitos de blanqueo de capitales*, (Madrid: Edersa, 2000), 387.

¹⁰⁹ Córdoba, “¿Se puede castigar el autolavado?”, 2.

previo¹¹⁰. En este sentido, el lavado de dinero, considerado un delito de naturaleza similar al encubrimiento en muchas legislaciones, como ya se expuso en el apartado 1.6.2, pudiera ser objeto del mismo razonamiento. Si consideramos el autolavado como una forma de autoencubrimiento, entonces nos encontraríamos con un acto posterior copenado e impune.

Respecto a la inexigibilidad de otra conducta, es lógico que se espere que la persona que cometió un delito intente cubrir la existencia de éste y su participación en él. Antes que un acto posterior copenado, el autoencubrimiento es impune porque no es culpable: no se puede exigir a su autor que actúe conforme a derecho¹¹¹.

2.4.3 VULNERACIÓN DE PRINCIPIOS LIMITADORES DEL DERECHO PENAL

Por un lado, el principio non bis in idem se define, en términos generales, como la prohibición de que una misma persona sea juzgada y/o sancionada dos veces por un mismo hecho¹¹². En relación a los planteamientos mencionados anteriormente, varios autores y autoras consideran que el castigar el autolavado generaría una vulneración a este principio, ya que estiman que la conducta realizada por el autor del autolavado está considerada en la pena del delito previo, o está copenada.

Por otro lado, el principio de proporcionalidad, aquel que busca proteger un equilibrio entre el castigo impuesto y la conducta imputada, se ha encontrado en entredicho en relación al castigo del delito de lavado de activos, debido a que en diversas legislaciones no se define una cantidad mínima de dinero o valor económico en el tipo a partir de la cual resulte atentado el bien jurídico protegido, con lo cual puede resultar vulnerado¹¹³. Sin embargo, también es relevante tener en

¹¹⁰ Córdoba, “¿Se puede castigar el autolavado?”, 2.

¹¹¹ Lascuráin, “Blanqueo de capitales”, 512.

¹¹² Juan Pablo Mañalich Raffo, “El principio ne bis in idem en el Derecho Penal chileno”. *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 15 (2011): 139-169. DOI: [10.5354/0718-4735.2013.29476](https://doi.org/10.5354/0718-4735.2013.29476)

¹¹³ Fernández, “En torno al concepto del blanqueo de capitales.”, 263.

consideración la afectación a un bien jurídico diverso al del delito base, lo cual justificaría la falta de proporción entre las penas del delito base y el delito de lavado de activos¹¹⁴.

2.4.4 AGOTAMIENTO DEL DELITO Y ACTOS DE MERO CONSUMO

La adquisición, posesión y utilización de los beneficios o ganancias propias del delito, son conductas implícitas que constituyen su propio agotamiento, ya que suponen un aprovechamiento económico¹¹⁵. Respecto al autolavado de activos, muchos autores y autoras consideran que los actos del autor de un delito sobre los bienes obtenidos de este, en muchas ocasiones son solo parte de la fase de agotamiento del delito o corresponde a actos de mero consumo, por lo que no deberían ser castigados de forma autónoma. El traficante de drogas que luego compra bienes con las ganancias obtenidas no siempre está cometiendo el delito de lavado de activos, aunque los límites son difíciles de trazar.

2.5 TRATAMIENTO DE ESTOS CUESTIONAMIENTOS EN DERECHO COMPARADO

2.5.1 DERECHO ESPAÑOL

Luego de la tipificación del autolavado, en España hubo muchos cuestionamientos hacia esta figura por parte de un importante sector doctrinal y jurisprudencial. Al respecto, diversos autores y autoras exponen sobre la problemática, tomando diferentes posturas, las que repasaremos a continuación:

Mirentxu Corcoy vincula la tipificación del autolavado con la expansión del derecho penal¹¹⁶. Indica que a pesar de la tipificación expresa de esta figura, persisten las dudas sobre su legitimidad por los siguientes motivos: En primer lugar, por eludir la prohibición de non bis in idem; en segundo lugar, por convertir el concurso de leyes en un concurso de delitos, por ser el

¹¹⁴ Patricia Faraldo Cabana, “Antes y después de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales”, *Revista Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIV (2014): 41-79, 51, <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/1898/2028>

¹¹⁵ Fernández, “En torno al concepto del blanqueo de capitales.”, 252.

¹¹⁶ Mirentxu Corcoy Bidasolo, “Expansión del derecho penal y garantías constitucionales”, *Revista de Derechos Fundamentales UVM*, n° 8 (2012): 45-76, 67, <https://2019-vlex-com.uchile.idm.oclc.org/#WW/vid/456818866>

lavado un acto posterior copenado para el autor del delito previo; en tercer lugar, se castigaría el agotamiento delictivo; y por último, se trataría de actos de autoencubrimiento en los que no se puede exigir otra conducta¹¹⁷. Y aunque no se extiende demasiado en cada uno de estos puntos, sí ilustra de buena manera los puntos críticos que son abordados por los demás autores y autoras.

Por un lado, hay quienes que se inclinan por sancionar al autor o partícipes del delito previo que cometan el delito de lavado de activos con los bienes obtenidos. Patricia Faraldo pertenece a este grupo exponiendo las siguientes razones:

1. El bien jurídico protegido: concibe al delito de lavado de activos como un delito pluriofensivo, lo cual traería como consecuencia natural el que los intervinientes del delito previo puedan ser autores del delito de lavado de activos, ya que su conducta no queda consumida en el delito previo¹¹⁸.
2. Absorción del delito posterior por el delito previo: considera ilógico afirmar que el delito previo absorbe el desvalor del lavado de activos cuando éste, a diferencia del encubrimiento y de la receptación, puede castigarse con pena superior a la que corresponde al delito previo, lo que demuestra su independencia¹¹⁹.
3. Sobre el autoencubrimiento impune: al respecto afirma que “la impunidad del autoencubrimiento establece, como hemos visto, la excepción de que se cometa un nuevo delito, que es precisamente lo que sucede cuando se blanquean los bienes procedentes de la comisión de un delito, ya que en este supuesto se está cometiendo un nuevo delito que es objeto de incriminación expresa por el legislador”¹²⁰
4. Argumento de texto expreso: el legislador no había señalado de forma expresa que el responsable no puede haber intervenido en el delito previo ni como autor ni como cómplice, lo que es un claro indicio de que se dejaba abierta la posibilidad de sancionar a los intervinientes en el delito previo por el lavado de activos de los bienes obtenidos¹²¹.

¹¹⁷ Corcoy “Expansión del derecho penal y garantías constitucionales”, 67.

¹¹⁸ Faraldo, “Antes y después de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales”, 48.

¹¹⁹ Patricia Faraldo Cabana, “Cuestiones relativas a la autoría de los delitos de blanqueo de bienes”, en *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, coord. por Luz María Puente et. al., 161-194, (Granada: Comares, 2008), 7.

¹²⁰ Faraldo, “Cuestiones relativas a la autoría de los delitos de blanqueo de bienes”, 7.

¹²¹ Faraldo, “Cuestiones relativas a la autoría de los delitos de blanqueo de bienes”, 7.

5. Sobre el agotamiento del delito: Faraldo también estima que “no puede afirmarse sin más que el aprovechamiento o la ocultación de los bienes procedentes de la comisión del delito previo integre materialmente la fase de agotamiento de ese delito”¹²². La autora considera que las actividades de simple agotamiento consistentes en el disfrute del beneficio ilícitamente obtenido o su transformación en bienes de consumo, no dificultan su detección por parte de la administración de justicia, lo cual es uno de los objetivos de la actividad de lavado de activos, pero, en cambio, cuando ese beneficio sirve de base para una actividad comercial o de inversión, entonces se produce un concurso real entre el delito previo y el lavado.

De todas formas, considera que hay matices, y resalta otro elemento relevante en la discusión como es la introducción de nuevas conductas típicas con la reforma del año 2010, esto es, posesión y utilización, lo cual fue criticado, ya que en relación al autolavado llevaría a consecuencias absurdas. El autor del delito realizaría la conducta típica de lavado al consumir o agotar su infracción previa. Para solucionar esto, el Consejo General del Poder Judicial propuso castigar como lavado la posesión por el autor o partícipe en el delito previo sólo cuando no sea posible sancionarlos por dicho delito previo, alegando que así se evitaría el bis in ídem¹²³. Frente a esto, Faraldo estima que dichas conductas, cuando son realizadas por el interviniente en el delito previo, son “ontológicamente inidóneas” para ocultar o encubrir su origen ilícito o “para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, como exige alternativamente el art. 301.1 CP, por lo que parece claro que no se deben castigar”¹²⁴. En este sentido indica que “es posible excluir la tipicidad de la conducta de quienes realizan objetivamente actos de adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión de bienes procedentes de la comisión de delitos que no son idóneos para ocultarlos ni para encubrir su origen ilícito, como ocurre, en mi opinión, en los casos de adquisición, posesión y utilización por quien ha intervenido como autor o cómplice en el delito previo del que proceden los bienes.”¹²⁵

¹²² Faraldo, “Cuestiones relativas a la autoría de los delitos de blanqueo de bienes”, 9.

¹²³ Faraldo, “Antes y después de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales”, 60.

¹²⁴ Faraldo, “Antes y después de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales”, 61.

¹²⁵ Faraldo, “Antes y después de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales”, 67.

Por otro lado, la autora expone que un sector de la jurisprudencia española ha realizado una interpretación restrictiva del autolavado, sobre la base de que la doble punición por el delito previo y el lavado de activos sólo es procedente cuando el patrimonio ilícito que ha sido lavado no procede de la operación específica por la que ha sido condenado el sujeto, sino que se ha generado a través de una conducta permanente en el tiempo¹²⁶. Faraldo estima que esto transforma el delito de lavado de activos en un delito de enriquecimiento ilícito (asunto sobre el cual no me extenderé en esta tesis), por lo que es mejor no establecer este tipo de limitaciones, que además van en contra de la voluntad del legislador y de las tendencias internacionales.¹²⁷

En el mismo sentido se pronuncia Isidoro Blanco, quien indica que los sujetos intervinientes en el delito base que “blanquean” sus ganancias están dentro del radio de acción del tipo de lavado de activos¹²⁸:

En cuanto a los argumentos que se han utilizado para sostener la impunidad de los autores y partícipes del delito previo, Blanco los sintetiza de la manera siguiente: en primer lugar, su hecho reuniría el carácter de acto posterior copenado. Se produce un concurso de leyes entre el hecho previo y el posterior lavado, que se resuelve conforme al principio de consunción (implica que el desvalor del hecho previo consume el del lavado). El castigo conjunto de ambas conductas constituirá un *bis in idem*¹²⁹. En segundo lugar, se afirma la impunidad del autolavado en base al privilegio de autoencubrimiento. Este se fundamenta en el principio de inexigibilidad de otra conducta. No se puede exigir al autor del delito que se descubra, lo cual se conecta a su vez con derechos consagrados constitucionalmente como el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable¹³⁰.

Al respecto, Blanco afirma críticamente que para que el delito previo constituya un hecho posterior copenado ha de lesionar el mismo bien jurídico que el delito posterior o ha de

¹²⁶ Faraldo, “Antes y después de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales”, 71.

¹²⁷ Faraldo, “Antes y después de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales”, 72.

¹²⁸ Isidoro Blanco Cordero, “Principios y Recomendaciones Internacionales para la Penalización del Lavado de Dinero”, en *Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial. Edición especial para Perú*. 4a. ed. Colab. Eduardo Fabián Caparrós et. al., 91-203 (Lima: Organización de los Estados Americanos, 2014)

¹²⁹ Blanco, “Penalización de Lavado de Dinero:”, 147.

¹³⁰ Blanco, “Penalización de Lavado de Dinero:”, 148.

encontrarse en la misma línea de progresión en el ataque al mismo bien jurídico. Esto no sucede en el caso del lavado de activos, ya que este delito lesiona un bien jurídico propio, distinto al del delito previo¹³¹.

De todas formas, Blanco mantiene una postura crítica y llama a limitar la sanción del autolavado por la vía de las exigencias subjetivas de las conductas. Su análisis parte del cambio que experimentó la ley a partir del año 2010 y en las consecuencias que trajo la inclusión de una nueva conducta típica: la posesión y el uso de los bienes del delito precedente. A propósito de estas conductas, Blanco formula reparos a la sanción del autolavado por infracción al principio non bis in idem. Para fundar su crítica señala que el hecho de poseer tales bienes, independiente de la finalidad que el sujeto pretenda darles posteriormente, hará que incurra en un acto de lavado por la posesión de tales objetos¹³². El autor concluye que la única interpretación posible para evitar el problema del non bis in idem es considerar que “las conductas típicas del art. 301 N° 1 CP deben realizarse en todo caso con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito, a eludir las consecuencias legales de sus actos”¹³³.

Por otro lado, el grupo de autores que se oponen a la punición del autolavado, indican que deberían ser excluidos como sujetos activos del delito de lavado de activos los sujetos que hayan participado en la comisión del delito previo, a cualquier título. Esto basados en el principio general que afirma la impunidad del autoencubrimiento, cuyo desarrollo se ha mantenido en dos tesis principales¹³⁴: la primera considera aplicable el principio general de inexigibilidad de otra conducta, mientras la segunda afirma que el delito de lavado de activos es un delito posterior copenado con relación al delito previo.

Así, por una parte, teniendo como presupuesto la consideración de que el delito de lavado de activos tiene una configuración similar a los delitos de encubrimiento, quienes adhieren a la

¹³¹ Blanco, “Penalización de Lavado de Dinero:”, 147.

¹³² Isidoro Blanco Cordero, “El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 13 (2011): 1-46, 40, <http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13.html>

¹³³ Blanco, “El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales”, 42.

¹³⁴ Faraldo, “Cuestiones relativas a la autoría de los delitos de blanqueo de bienes”, 5.

primera tesis estiman que los actos cometidos por los autores del hecho previo en su búsqueda de eludir a la justicia serían impunes. Su fundamento reside en la no exigibilidad de una conducta diferente a la realizada, ya que es del todo natural que el autor del delito intente aprovechar las ganancias obtenidas¹³⁵. Así, abrazan los principios de autoencubrimiento impune, no exigibilidad de otra conducta y principio nemo tenetur¹³⁶.

Mientras que por otra parte, para Daniel Fernández la introducción del autolavado genera un concurso de delitos o concurso de normas, al considerarlo un acto copenado, adhiriendo así a la segunda tesis. En este mismo sentido, señala, en el Acuerdo de Sala del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2006, se expone que “el artículo 301 del Código Penal no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente”¹³⁷, lo cual lleva a pensar que, efectivamente, el lavado de activos concurre como concurso real de delitos.

Fernández también hace algunas precisiones sobre los actos de mero consumo, respecto a lo cual considera que las conductas consistentes en la conversión y transmisión de los bienes pueden consistir en actos de mero consumo o que se destinan a atender necesidades cotidianas o habituales de quién cometió el delito previo. Siendo así, entonces estas conductas no deberían tener relevancia penal alguna. Ahora, distinto es si se trata de aquellos casos en que los beneficios del delito cometido se invirtieran con el ánimo de reintroducir las ganancias en el tráfico económico normalizado o lícito. Para éste autor resulta esencial, tanto en el delito de lavado como en el autolavado, que el sujeto activo tenga el ánimo o finalidad de dotar de una apariencia lícita a los beneficios obtenidos del delito previamente cometido, y así continuar con las diversas técnicas del proceso de lavado de activos¹³⁸. De esta forma, no toda acción que derive en lavado de activos es reprochable penalmente. Por ejemplo, el que compra pan con dinero robado, ciertamente cambia dinero de origen ilícito por un bien “blanco” pero no parece

¹³⁵ Lascurain, “Blanqueo de capitales”, 510.

¹³⁶ Mendoza, “Discusión en torno al autolavado...”, 22.

¹³⁷ Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Acuerdo de 18 de julio de 2006 sobre Art. 301 de CP y concurso real, (España: Tribunal Supremo, 2006) http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Tribunal_Supremo/Jurisprudencia_/Acuerdos_de_Sala/ci.Acuuerdo_de_18_de_julio_de_2006_sobre_Art_301_de_CP_y_concurso_real.formato3

¹³⁸ Fernández “En torno al concepto del blanqueo de capitales.”, 275.

que la función específica de su acto sea encubrir u ocultar su origen delictivo¹³⁹. Respecto a las conductas de adquisición, posesión y utilización de los bienes, afirma que estas no son compatibles con el autolavado de activos, ya que tales conductas se integran en la estructura del delito previo.

Por último, Fernández se refiere a la expansión del derecho penal, respecto a lo cual considera al castigo del lavado de activos como un ejemplo de este fenómeno, lo que produce excesos legislativos, que a su vez puede generar vulneraciones a principios limitadores del derecho penal, como el de proporcionalidad, lesividad y non bis in idem¹⁴⁰.

Juan Antonio Lascurain, por su lado, respecto a los cuestionamientos al autolavado hace tres precisiones:

Primero, en relación al concepto de blanqueo o lavado, afirma que es importante recalcar que blanquear no es hacer cualquier cosa con el dinero o bienes provenientes del delito, sino que implica ocultar su origen delictivo para su inserción en el tráfico económico legal. Sobre este punto, las dudas surgen en relación a los actos de consumo, por ejemplo, el narcotraficante que compra una casa para vivir, o paga sus cuentas con el dinero que genera el tráfico. ¿Por qué no se castigaría?. La jurisprudencia estadounidense sostiene que esta conducta no sería lavado, porque no se realiza para ocultar el origen e insertar en el tráfico económico legal, como se describió anteriormente¹⁴¹.

Como segunda precisión, señala que en caso de existir autolavado, la discusión radica en si se ha de prescindir de la pena del lavado por considerarse un acto posterior copenado, de forma que castigarlo implicaría una vulneración del principio non bis in idem. Se produciría un concurso de normas que se debería resolver por consunción a favor del primer delito. Respecto a los actos posteriores copenados, el autor afirma que es discutido el límite y fundamentos de éstos: se dice que si necesariamente un delito se sigue del primero, el daño añadido ya habría sido considerado por el legislador al momento de establecer el castigo del primero, pero este

¹³⁹ Lascurain, “Blanqueo de capitales”, 510.

¹⁴⁰ Fernández “En torno al concepto del blanqueo de capitales.”, 214.

¹⁴¹ Lascurain, “Blanqueo de capitales”, 510.

razonamiento es cuestionable si la pena concreta del segundo delito es mayor, y si no hay una conexión necesaria entre ambos delitos. Entonces parece razonable que no se deba castigar aparte el lavado proveniente de actos de aseguramiento o aprovechamiento, pero sí debe castigarse si la pena en concreto del lavado es mayor a la del delito originario, y cuando, en relación a lo anterior, queden significativamente afectados los bienes jurídicos de competencia leal y seguridad interior.¹⁴²

Por último, respecto a la inexigibilidad de otra conducta, explica que es lógico que la persona que cometió un delito intente cubrirlo. El autoencubrimiento es impune porque no es culpable, en el sentido de que no se puede exigir al autor de un delito que actúe conforme a derecho. Pero el autoencubrimiento tiene límites debido a su carácter doblemente lesivo. Deja de ser impune si se lesiona otro bien jurídico distinto al bien jurídico protegido por el delito encubierto. En esta lógica, el autolavado, si se trata exclusivamente de autoencubrimiento, debe ser exculpado o hasta justificado, pero si daña otro bien jurídico como el sistema económico y la seguridad, entonces sí debe ser penado¹⁴³. En relación a este punto, José Manuel Palma Herrera sostiene que la diferencia de pena entre un hecho principal y otro posterior no debe llevar a descartar inmediatamente la posibilidad de que se trate de un hecho posterior copenado, ya que la pena que el legislador establece para cada delito no se basa únicamente en el contenido del injusto del comportamiento, sino que también confluyen otros datos como el grado de culpabilidad, razones de prevención general y especial, la orientación ideológica dominante en el momento en que se legisla, entre otros¹⁴⁴.

Finalmente, Ángela Matallín Evangelio indica que para analizar la figura del autolavado, es necesario hacerlo en referencia a las conductas descritas en el tipo: sobre la posesión, tratándose de bienes provenientes de un delito patrimonial que amerita apoderamiento, ésta será parte del comportamiento típico de ese delito. Tratándose de otro tipo de delitos, la posesión de bienes derivados del delito propio constituirá un acto posterior copenado, el que no será objeto de sanción autónoma para evitar una vulneración del principio non bis in ídem¹⁴⁵. Respecto a la

¹⁴² Lascuraín, “Blanqueo de capitales”, 511.

¹⁴³ Lascuraín, “Blanqueo de capitales”, 512.

¹⁴⁴ José Manuel Palma Herrera, *Los actos copenados*. (Madrid: Dykinson, 2004), 163 y ss.

¹⁴⁵ Matallín, “El “autoblanqueo” de capitales”, 14.

acción de transformar o transferir, tratándose de la primera transformación o transferencia de los bienes derivados del delito propio, constituirá un acto de autoencubrimiento impune, no susceptible de sanción separada del delito principal, ya que se encuentra copenado. Por el contrario, el resto de actos de conversión o transmisión de los bienes ya transformados, sin la finalidad de ocultar el delito precedente ni de asegurar o aprovechar, constituirán formas delictivas de lavado de activos.¹⁴⁶

Pese a los cuestionamientos mencionados, la opinión mayoritaria en la doctrina española se ha mostrado favorable a la punición del autolavado de activos¹⁴⁷.

2.5.2 DERECHO ARGENTINO

Como ya fue mencionado, la consagración del autolavado en el derecho argentino fue altamente cuestionada, y dio paso a una interesante discusión doctrinaria. Esto se debe a que previamente se consagraba una prohibición expresa, la que fue suprimida para dar paso a la posible punibilidad del autolavado, pero dejando variadas interrogantes al no regularlo expresa, directa y/o integralmente.

Cabe adelantar que un grupo importante de la doctrina argentina considera que existe una relación estrecha entre el autoencubrimiento y el autolavado, motivo por el cual se ha desarrollado una comparación entre ambos, y se han hecho extensivos los fundamentos y principios del primero al segundo, especialmente considerando que la ley argentina anterior, específicamente la ley 25.246, establecía que el delito de lavado de activos era una forma agravada de encubrimiento, dejando ambos delitos en el mismo capítulo¹⁴⁸. Teniendo esto como presupuesto, la punibilidad del delito de autolavado, se ha respaldado o rechazado en base a diversos argumentos, siendo el principal su carácter de acto posterior copenado:

¹⁴⁶ Matallín, “El “autoblanqueo” de capitales”, 22.

¹⁴⁷ Faraldo, “Antes y después de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales”, 58.

¹⁴⁸ Córdoba, “¿Se puede castigar el autolavado?”, 7.

Fernando Córdoba expone que un fundamento generalizado en la doctrina argentina indica que participación y encubrimiento son títulos incompatibles. Pero, aunque es de toda lógica, tal argumentación no alcanza a explicar de forma suficiente por qué sería así tratándose de dos conductas sucesivas e independientes, por ejemplo: un sujeto participa en un robo y concluido ese hecho, luego se hace cargo de vender los objetos sustraídos en el mercado negro. En este caso se trataría de dos conductas diferentes. Entonces, la verdadera razón por la cual el autoencubrimiento no es punible se encontraría en la teoría del concurso aparente de delitos. A grandes rasgos, la idea del concurso aparente de delitos es que, cuando un delito contiene como parte integrante de él a otro, lo desplaza, no siendo aplicable el segundo al caso concreto, bastando el castigo del primero porque, si se aplicara el castigo del segundo, ambos delitos se estarían castigando, al menos en el tramo en que coinciden, dos veces, siendo esto contrario a los principios fundamentales del derecho penal. A veces esta integración es evidente en el mismo tipo, como el caso del hurto y robo, pero en otras, es necesario analizar las circunstancias del caso concreto para determinarlo¹⁴⁹. Lo que subyace en la decisión del legislador de considerar impune esta figura es la convicción de que esta acción llevada a cabo por el sujeto, teniendo como propósito el aseguramiento o aprovechamiento del beneficio obtenido con el delito anterior en el que se ha participado o del cual fue autor, debe ser considerado un acto posterior copenado¹⁵⁰. Para determinar si un hecho puede ser considerado acto posterior copenado, parte de la doctrina exige que no se lesione otro bien jurídico ni se cause un daño completamente nuevo para que sea considerado acto posterior copenado. Pero, según Córdoba, esta regla podría tener una excepción cuando el segundo delito, a pesar de lesionar un bien jurídico distinto, no agrega un plus que no pueda entenderse saldado con la pena del delito precedente. Esto es lo que ocurre en el autoencubrimiento y podría ocurrir en el autolavado¹⁵¹. Así fue recogido en la ley argentina anterior a la reforma del año 2000, que establecía textualmente que en el caso de encubrimiento el autor es el que “sin promesa anterior” y en el caso del lavado, igualmente estableció el requisito de “no haber participado” en el delito precedente, existiendo una prohibición expresa de castigar el autolavado. Con anterioridad a la reforma se consideraba que el lavado de dinero lesionaba el bien jurídico de administración de

¹⁴⁹ Córdoba, “¿Se puede castigar el autolavado?”, 13.

¹⁵⁰ Córdoba, “¿Se puede castigar el autolavado?”, 7.

¹⁵¹ Córdoba, “¿Se puede castigar el autolavado?”, 12.

justicia, y luego de la reforma, se establece como bien jurídico protegido el orden financiero y económico. En ambos casos, el bien jurídico es distinto al del delito precedente, lo que, según el planteamiento de Córdoba, no impide que el autolavado pueda ser considerado un acto posterior copenado¹⁵².

Siguiendo la lógica de que el autolavado sería un acto posterior copenado, Córdoba llega a las siguientes conclusiones:

1. En primer lugar, si la lesión de otro bien jurídico, en este caso el orden económico y financiero, no es suficiente para negar al autolavado la condición de acto posterior copenado, significa que sólo será posible cuestionarlo cuando la lesión al orden económico y financiero sea de una gravedad tal que exceda la medida de lo que se considera como agotamiento del delito previo¹⁵³.
2. En los demás casos, cuando no se genere una afectación especialmente grave del orden económico y financiero, no hay razones para privar al autolavado de su condición de acto posterior copenado. Tampoco se le privará de esta condición tratándose de aquellas conductas que no afectan o favorecen el orden económico financiero. Y, dentro de este grupo de casos, el autolavado puede devenir punible si el autor no pudiera ser penado por su participación en el delito previo¹⁵⁴.
3. Por último hay un tercer grupo de casos en que el autolavado no podrá ser considerado como el agotamiento de la lesión iniciada por el delito previo. Para que pueda ser considerado acto posterior copenado debe haber una continuidad e identidad de la lesión inicial. Esto sucede en los delitos patrimoniales, en los que el legislador prevé que el autor del hecho lucrará con los bienes. Pero esto no ocurre con otro tipo de delitos, como el homicidio. Así, la punibilidad del autolavado deberá ser determinada en el caso concreto de acuerdo a las reglas del concurso aparente referidas al acto posterior copenado.

¹⁵² Córdoba, “¿Se puede castigar el autolavado?”, 6.

¹⁵³ Córdoba, “¿Se puede castigar el autolavado?”, 10.

¹⁵⁴ Córdoba, “¿Se puede castigar el autolavado?”, 11.

Entonces ¿Puede castigarse el autolavado? Córdoba estima que sí, pero sólo en algunos casos será punible autónomamente. En el resto, será punible pero de forma copenada con la pena del delito previo. Es decir, a pesar de su tipificación, el autolavado no necesariamente se volvió punible.

En contraste, los autores y autoras que afirman la punibilidad del autolavado se apoyan en una concepción distinta del delito de lavado de activos: éste no sería una forma de encubrimiento, sino un delito autónomo y pluriofensivo. Los partidarios de esta visión proponían desvincular conceptualmente el lavado de activos del delito de encubrimiento, desplazando el delito del capítulo que lo contenía en el Código Penal o incluso haciendo una ley especial¹⁵⁵, como ocurrió en el caso de Chile. Finalmente, en Argentina se optó por la primera vía a través de la ley 26.683, que sustituyó el nombre del capítulo XIII del título XI llamado “Delitos contra la administración pública” del Código Penal argentino, por “Encubrimiento” derogando también el artículo 278, e incorporó un nuevo título XIII llamado “*Delitos contra el orden económico y financiero*” estableciendo el delito de lavado de activos en el artículo 303. La ley 26.683, dentro de sus modificaciones, tipificó el autolavado, pero como se vió, parte de la doctrina considera que, a pesar de su tipificación, no necesariamente se volvió punible.

Alejandra Verde es parte del grupo de autoras que cuestionan el carácter de acto posterior copenado del autolavado. La académica define al acto posterior copenado como “una conducta independiente, antijurídica y culpable, que realiza el tipo de una norma penal, por medio de la cual el autor del delito anterior asegura, aprovecha o utiliza el resultado de ese delito previo o la posición conseguida por medio de él”¹⁵⁶. Es decir, un sujeto lleva a cabo dos comportamientos en dos momentos diferentes, aunque relacionados entre sí, ambos constitutivos de delito, pero al autor solo se le impondrá el castigo previsto para el que realizó primero, porque contendría el castigo del segundo. Se considera que en el castigo que le corresponde al autor por el delito posterior estaría compensado o retribuido a través de la pena prevista para el delito anterior, que lo contendría¹⁵⁷. Explica que podrá considerarse que el delito posterior copenado es una forma

¹⁵⁵ Córdoba, “¿Se puede castigar el autolavado?”, 11.

¹⁵⁶ Verde, “¿Es el autolavado de dinero un delito posterior co-penado?”, 61.

¹⁵⁷ Verde, “¿Es el autolavado de dinero un delito posterior co-penado?”, 61.

de concurso de leyes si se acepta, por un lado, que el concurso de leyes no implica necesariamente una relación lógico-formal entre las dos normas en las que recae un hecho. Y, por otro lado, si se acepta que puede existir un concurso de leyes en casos de pluralidad de hechos, los que prima facie configuran más de un tipo penal, pero un único delito si se los analiza global y valorativamente¹⁵⁸.

Además, la autora afirma que si bien con la reforma se identifica al orden económico y financiero como el bien jurídico protegido con el tipo de lavado de activos, éste no es uni-ofensivo, ya que la administración de justicia también se puede considerar comprometido¹⁵⁹.

En esos entendidos, específicamente respecto al carácter de acto posterior copenado del autolavado, Verde estima que el autolavado de dinero no podrá ser considerado como un delito posterior copenado, ya que el daño producido no es el mismo que el ocasionado por el delito precedente: siempre generará, aunque sea parcialmente, un daño diferente al delito anterior, o lo aumentará. La conducta del lavado tiene consecuencias diferentes, y por lo tanto, el daño no se puede comprender dentro del castigo impuesto por el delito base. Por ejemplo, una cosa es dar apariencia de legalidad al dinero obtenido ilícitamente, es decir, lavar dinero, y otra diferente es utilizar el dinero ilícitamente obtenido, sin darle apariencia de legalidad. Esta segunda conducta sí estaría incluida dentro del castigo previsto para el delito base o precedente¹⁶⁰. Pero esta afirmación no lleva necesariamente a concluir que el autolavado de dinero deba ser una conducta punible, ya que eso requiere de otro análisis posterior. Con esta postura sólo se establece que no es cierto que el castigo del autolavado esté contenido en el castigo del delito anterior, por lo que no se produciría una afectación al non bis in idem¹⁶¹.

Entonces, frente a la pregunta ¿Es el autolavado un delito copenado, según la regulación argentina? Verde afirma que no. La pregunta sobre la punibilidad del delito de autolavado de dinero y la justificación a su castigo debe resolverse con otro análisis, renunciando al argumento

¹⁵⁸ Verde, “¿Es el autolavado de dinero un delito posterior co-penado?”, 63.

¹⁵⁹ Verde, “¿Es el autolavado de dinero un delito posterior co-penado?”, 69.

¹⁶⁰ Verde, “¿Es el autolavado de dinero un delito posterior co-penado?”, 77.

¹⁶¹ Verde, “¿Es el autolavado de dinero un delito posterior co-penado?”, 77.

del delito posterior copenado, ya que el castigo autónomo del delito previo y el posterior de lavado, cometido por el mismo autor, no violaría el principio non bis in idem¹⁶².

2.6 TRATAMIENTO DE ESTOS CUESTIONAMIENTOS EN CHILE

En la doctrina nacional el debate respecto al autolavado de activos no ha sido tan extenso como en el derecho comparado, pero de todas formas hay antecedentes relevantes:

Previo a la ley 19.913, ya existía un debate sobre la posibilidad de que se castigara el autolavado, en base a la omisión de esta figura en el artículo 12 de la ley 19.366, artículo que se refiere al sujeto activo del delito de lavado de activos usando la expresión genérica “el que”, sin excluir expresamente la sanción para aquel que intervino en el delito de tráfico de drogas precedente¹⁶³. Como se vió, esta situación también se dio en España antes de la consagración expresa del autolavado. En contraste, la situación en Argentina no daba lugar a dudas, ya que la ley excluía expresamente la posibilidad de castigar el autolavado.

En cuanto a la doctrina nacional, Sergio Politoff se manifestó contrario a su castigo (en el contexto de la ley 19.366), en base al argumento del acto posterior copenado. Según este autor, el autolavado constituía, en relación al delito previo (que en su época estaba limitado a las figuras de la ley de drogas), un acto posterior copenado, por lo que el problema debía resolverse a través de un concurso de leyes aplicando el principio de consunción¹⁶⁴. En este aspecto, la posición de Politoff coincide con algunos de los autores revisados en el apartado anterior: autores españoles como Lascurain y Fernández, como también con el académico argentino Córdoba.

Por otro lado, autores como Claudio Prambis criticaron posteriormente esta postura, aunque teniendo ya a la vista la nueva regulación de la ley 19.913. Este autor plantea que la sanción del autolavado era posible en nuestro país con la tipificación de este delito en la ley 19.366, y

¹⁶² Verde, “¿Es el autolavado de dinero un delito posterior co-penado?”, 79.

¹⁶³ Politoff, y Mattus, *Lavado de dinero y tráfico ilícito de estupefacientes*, 50.

¹⁶⁴ Politoff, y Mattus, *Lavado de dinero y tráfico ilícito de estupefacientes*, 51-55.

también con la posterior. Argumenta esto en base a la naturaleza autónoma del lavado de activos, que protege un bien jurídico distinto al del delito base, identificando como bien jurídico protegido del lavado de activos la seguridad del Estado. A pesar de estar de acuerdo con la sanción del autolavado, Prams considera que debe restringirse su punibilidad según la conducta típica de lavado que se realice. Así, se muestra contrario a castigar el autolavado cuando el sujeto que cometió el delito previo haya realizado las conductas de adquirir, poseer, tener o usar¹⁶⁵. En este sentido, la posición de Prams coincide con lo propuesto en la doctrina española por autoras como Faraldo, Matallín y el académico Blanco.

En otro ámbito, podemos remitirnos a la Historia de la Ley 19.913, que en sus distintas secciones da cuenta de todas las discusiones relevantes que surgieron sobre el contenido de ésta, y en especial sobre el inciso que castiga el autolavado, durante el proceso de creación de la ley:

Previamente, a modo de contexto, es necesario recordar que el proyecto de ley original implicaba una modificación al Código Penal en los siguientes términos:

“1.- Substituye el enunciado del Párrafo 5 bis del Título IX del Libro II, por el siguiente: “ 5 bis. De la recepción y otras conductas afines.”.

2.- Agrégase, en el Párrafo 5 bis del Título IX del Libro II, el siguiente artículo 456 bis B:..”¹⁶⁶

Dando cuenta de la conexión entre el delito de lavado de activos con el delito de receptación, como se ha comentado en los apartados anteriores. Pero luego se decidió tipificar el delito directamente en la nueva ley 19.913, en primer término, en el artículo 20.

En el primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados, se dejó constancia de algunas dudas respecto a la figura del autolavado, que se encontraba en esos momentos en el último inciso del artículo 20 que indica: “Si el que participó como autor, cómplice o encubridor del hecho que originó tales bienes, incurre, además, en la figura penal contemplada en este artículo, será también sancionado como autor de este último delito. “, el Diputado Burgos manifestó dudas, al considerar que “podría significar sancionar a una persona por dos figuras, sobre todo

¹⁶⁵ Claudio Prams, *Estudio teórico-práctico del Delito de Blanqueo de Capitales* (Santiago: LexisNexis, 2005), 353-357.

¹⁶⁶ BCN, *Historia de la Ley N° 19.913, Cámara de Diputados: primer trámite*, 41.

si se cometió el delito base con la intención de lavar posteriormente”¹⁶⁷. En respuesta el Diputado Juan Bustos señaló que “se trataba de dos conductas distintas, aunque no necesariamente debería sancionarse al hechor como autor, por lo que fue partidario de reemplazar los términos “como autor de este último delito” por “ conforme a ésta”, propuesta que fue aceptada¹⁶⁸. Aquí se aprecia que la duda sobre una posible afectación al principio non bis in idem fue expuesta, pero rápidamente resuelta, decantando en la conclusión de que se trataría de dos conductas distintas, y por tanto se reafirmó la punibilidad de la conducta del autolavador. Se da el siguiente ejemplo de aplicación de esta figura “si el narcotraficante, además, fue sancionado como lavador de dinero, puede ser sancionado a través de las dos figuras penales”¹⁶⁹. En general, el profesor Juan Bustos, uno de los penalistas más connotados de la Comisión en ese momento, frente a la duda que se planteó por algunos diputados en el sentido de que en este artículo pudiera vulnerarse el principio non bis in ídem, es decir, que nadie puede ser sancionado dos veces por un mismo hecho, manifestó que “la doctrina unánime a este respecto sostiene que no hay conculcación de dicho principio, por cuanto son figuras absolutamente distintas y no puede presumirse siempre que la persona que originó el tráfico efectuó todos los actos posteriores para su concreción. En consecuencia, no se rompe el principio del derecho penal elemental del non bis in ídem”¹⁷⁰

Por otro lado, el Centro de Estudios de la Justicia de la Universidad de Chile objetó que se contemple la figura del encubridor en el inciso final del, en ese entonces, artículo 19, pues el lavado de dinero es, por esencia, un delito especial de encubrimiento de otro, de manera que, por regla general, el encubridor del delito será autor del delito de lavado de dinero. Por eso debe excluirse ese caso, en virtud de la prohibición de castigar dos veces por el mismo hecho. Este reparo fue aceptado, eliminándose encubridor, dejando solo autor o cómplice¹⁷¹. Aquí se puede apreciar que se considera el delito de lavado de activos como un tipo de encubrimiento, tal como se consideraba en Argentina, pero a diferencia de allá, el Centro de Estudios de la Justicia no consideró la posibilidad de hacer extensibles las reglas del autoencubrimiento al autolavado.

¹⁶⁷ BCN, *Historia de la Ley N° 19.913, Cámara de Diputados: primer trámite*, 43.

¹⁶⁸ BCN, *Historia de la Ley N° 19.913, Cámara de Diputados: primer trámite*, 43.

¹⁶⁹ BCN, *Historia de la Ley N° 19.913, Cámara de Diputados: primer trámite*, 67.

¹⁷⁰ BCN, *Historia de la Ley N° 19.913, Cámara de Diputados: primer trámite*, 67.

¹⁷¹ BCN, *Historia de la ley 19.913. Senado: Segundo trámite constitucional*, 129.

Por su lado, el abogado del Consejo de Defensa del Estado, Hernán Peñafiel, destacó que se resuelva derechamente el tema del autolavado, ya que es un tema discutido a nivel internacional, y nuestra legislación no lo aclaraba expresamente en la ley¹⁷².

Resulta especialmente relevante la intervención del abogado Juan Pablo Hermosilla, quien indica que considera la inclusión de la figura del autolavado como una medida derechamente inconstitucional, argumentando que “el hecho es el mismo, es el agotamiento del delito y forma parte de la idea inicial, o sea, siguiendo el mismo criterio, por qué no se le sanciona como autor de tentativa, después de consumación y después de agotamiento. Pero, además, esta norma tiene una impropiedad, porque sanciona el autoencubrimiento del encubridor. Por eso, el inciso final es intolerable; va contra la razón y, si se aprueba, no se aplicará porque los jueces tienen clarísimo que no pueden sancionar dos veces a una persona por el mismo hecho. El tema no se sostiene: para un solo hecho la pena es una y esta norma afecta la racionalidad del sistema penal.”¹⁷³. Claramente adhiere a la posición contraria al castigo del autolavado de activos, en razón de considerarlo como el agotamiento del delito, en algunos casos, y autoencubrimiento en otros. Ante estos reparos, la representante del Consejo Nacional para el Control de Estupefacientes (CONACE) indicó que “Sería un grave retroceso quitarle la autonomía al delito de lavado de dinero para dejarlo como una figura de encubrimiento calificado. Es claro que doctrinariamente es una forma de encubrimiento y pudiera obviamente pensarse que el lavado de dinero es una forma de agotamiento del delito, pero hay un bien jurídico protegido bastante diferente al del delito subyacente: el bien protegido en el tráfico es la salud pública, en el lavado va bastante más allá. En definitiva se trata de conductas que pugnan contra la administración del Estado, contra la estabilidad del orden socioeconómico y es un delito de tal gravedad que incluso puede afectar la gobernabilidad de un sistema democrático”¹⁷⁴.

En definitiva, los argumentos en contra del castigo del autolavado fueron desestimados, y se prosiguió con su tipificación.

¹⁷² BCN, *Historia de la ley 19.913. Senado: Segundo trámite constitucional*, 129.

¹⁷³ BCN, *Historia de la ley 19.913. Senado: Segundo trámite constitucional*, 131.

¹⁷⁴ BCN, *Historia de la ley 19.913. Senado: Segundo trámite constitucional*, 133.

Los cuestionamientos al autolavado no se expresaron solamente en la doctrina y las discusiones parlamentarias, sino también a través del mecanismo de requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, lo que da cuenta de los problemas que puede traer esta figura en su aplicación a casos concretos. Resulta interesante analizar la resolución del requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad Rol N° 3630-17 conocido por el Tribunal Constitucional (de ahora en adelante TC), en el cual se trata la figura del autolavado. El tipo penal fue cuestionado en esta sede, ya que, según el requirente, se vulneraría el principio non bis in idem con la figura del autolavado:

“Argumenta en dicho sentido que el legislador ha permitido en el inciso quinto del reprochado artículo 27, la imputación y condena del delito de lavado o blanqueo de activos respecto de la misma persona que fuere responsable por el delito base, en este caso estafa. Así, se presenta una doble valoración, con dos delitos y dos penas, existiendo absolutamente unidad de hecho.”¹⁷⁵

Frente a la alegación, el TC razona utilizando los siguientes argumentos:

“Que, para dilucidar si las normas jurídicas censuradas presentan deficiencias constitucionales, en términos que, efectivamente, vulneran el “ne bis in idem” es necesario hacer un breve análisis del bien jurídico protegido en la tipificación de los tipos penales cuestionados, y también examinar si se está ante un delito autónomo o, por el contrario, constituyen hipótesis criminales, consecuenciales del denominado delito base”¹⁷⁶. Respecto al bien jurídico protegido, el TC consideró que el delito de lavado de activos protege el orden público económico, el cual explicó como “El arreglo de las instituciones indispensables a la existencia y funcionamiento del Estado y que miran a la constitución, a la organización y al movimiento del cuerpo social, así como a las reglas que fijan el estado y capacidad de las personas. En este sentido orden público es sinónimo de orden social (Luis Claro Solar). Por otro lado, se puede sostener que orden público económico es el conjunto de los principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la CPR.”¹⁷⁷. Conforme a este concepto, el legislador ha creado tipos penales para

¹⁷⁵ Tribunal Constitucional, Resolución Rol N° 3630-17, p. 4

¹⁷⁶ Tribunal Constitucional, Resolución Rol N° 3630-17 Considerando decimocuarto.

¹⁷⁷ Tribunal Constitucional, Resolución Rol N° 3630-17 Considerando decimosèptimo.

proteger este bien jurídico, entre ellos la ley 19.913. Y, aunque reconoció que este punto es polémico en la doctrina “dado que hay tendencias que estiman que el lavado de activos es pluriofensivo, otras que señalan que sería la salud pública, particularmente en lo referido a la Ley N° 20.000, y una posición que sostiene que dicha hipótesis estaría reforzando la defensa del bien jurídico del delito base.”¹⁷⁸, el TC estimó que “el factor determinante lo constituye la distorsión del mercado financiero y la afectación del orden público económico como elementos garantes de la estabilidad económica y el derecho de todos los partícipes como sujetos en dicho mercado;”¹⁷⁹

Luego de dilucidar este punto, estimó necesario pronunciarse sobre la naturaleza del delito de lavado de activos, en específico, “pronunciarse acerca de si los tipos penales que contiene la disposición legal impugnada son hipótesis autónomas, constituyen elementos normativos de ellas o es un delito de conexión”¹⁸⁰ para así determinar si hay vulneración al principio non bis in idem. Sobre esto declaró “Que, nuestra legislación en esta materia recoge la tesis de que existe una conexión entre el delito previo o delito base con el delito de lavado de activos, y por consiguiente este último tipo penal “es delito de conexión, y exige un delito previo, generalmente de los activos que constituyen sujeto material” (García Caveró Percy, “El delito de lavado de activos”, Editorial IB de F, año 2016, p.88).”¹⁸¹

Precisamente por lo anterior el TC resolvió desestimar la existencia de vulneración del principio non bis in idem, concluyendo que “el sistema penal nacional consagra un catálogo cerrado de conductas típicas y antijurídicas de donde emanan los activos maculados que ocasiona que los delitos tengan la naturaleza señalada, esto es, que sean delitos de conexión, y por tanto se está en presencia de dos conductas distintas, con lo que no tiene lugar la denuncia en cuanto se estaría juzgando dos veces un mismo hecho;”.

¹⁷⁸ Tribunal Constitucional, Resolución Rol N° 3630-17 Considerando vigésimo.

¹⁷⁹ Tribunal Constitucional, Resolución Rol N° 3630-17 Considerando vigésimo.

¹⁸⁰ Tribunal Constitucional, Resolución Rol N° 3630-17 Considerando vigésimosegundo.

¹⁸¹ Tribunal Constitucional, Resolución Rol N° 3630-17 Considerando vigesimoquinto.

CONCLUSIÓN

En la realización de este trabajo se pudo constatar, respecto a la figura del autolavado y también sobre el delito de lavado de activos en general, la multiplicidad de problemáticas no zanjadas en la doctrina nacional y comparada, más allá del texto expreso vigente en cada ordenamiento revisado. Algunos cuestionamientos expuestos a lo largo de estas páginas se encuentran aún vigentes, lo que da cuenta de la importancia de esta revisión, y permite ilustrar el estado del asunto tanto a nivel nacional como comparado, pudiendo ser utilizada para retomar el debate en torno a esta figura.

Los nudos críticos en torno a la figura del lavado y autolavado de activos son múltiples, pero en este trabajo fueron abordados los más relevantes y con más presencia en la doctrina nacional y comparada: En el primer capítulo se evidenció la vinculación del lavado de activos con el delito de receptación; su vinculación con el encubrimiento; y los límites del tipo de lavado de activos. Es precisamente a raíz de estas problemáticas que surgen distintas formas de entender la figura del lavado de activos y, en consecuencia, el autolavado, pugnando entre castigar o no esta figura, y si este castigo es justificado. En el segundo capítulo se revisaron las principales posiciones doctrinales respecto a la posibilidad de castigar el autolavado de activos, en base a las cuales se identificaron como puntos críticos del debate: el entender el autolavado como acto posterior copenado; el hacer extensivos los principios del encubrimiento al lavado de activos, considerando el autolavado como un autoencubrimiento impune, no siendo exigible otra conducta al autor o autora del hecho y; la posibilidad de que se vulneren ciertos principios limitadores del derecho penal como el non bis in idem. Por último, cabe destacar que distintas interpretaciones del bien jurídico protegido por el tipo fueron utilizadas por múltiples autores y autoras como presupuesto para fundar el resto de su postura respecto a la punición del autolavado, y fue determinante en la discusión durante la creación de la ley 19.913 en Chile.

Varias de las y los autores revisados, ya sea que estuvieran de acuerdo con el castigo del autolavado de activos o no, reconocen que la figura acarrea diversos problemas, pudiendo generar un castigo excesivo sobre el autor del delito previo o base del lavado de activos. Es por esto que resulta tan importante plantear estos cuestionamientos y las posibles formas en que se

podría limitar el castigo al que se ve expuesta una persona, ya sea a través de una delimitación del tipo en sede objetiva, como expone Hernández; a través de exigencias subjetivas como propone Blanco; o excluyendo el uso de la figura cuando se trate de las conductas de adquisición, posesión y uso, como plantea Brond, Faraldo, Fernández, Matallín y Pramps. A este respecto, cabe hacer presente que, en nuestra legislación, a pesar de que se castiga expresamente el autolavado, al menos se considera una limitación general a la sanción del lavado de activos, en relación a la pena establecida para el delito base¹⁸²

Se evidencia que la discusión doctrinaria a nivel nacional es cuantitativamente menor en comparación a la doctrina comparada, y luego de la tipificación del autolavado no se ha persistido mayormente en un análisis crítico y dinámico, en especial sobre la figura del autolavado, por lo que parece imperante reavivar el estudio, investigación y problematización en torno a la punición de esta conducta. Respecto a nuestra legislación, parece especialmente ilustrativo de su situación que, como se aprecia en la discusión legislativa, no se introdujeron varios de los elementos identificados como claves, o al menos no con la rigurosidad que demuestra el debate doctrinal comparado; además, una vez contrastada con la realidad, puesta en práctica, en la mayoría de casos en que se castiga el lavado de activos, como se vió, los bienes sobre los que recae el lavado provienen de la actividad ilegal vinculada al tráfico ilícito de drogas, casos en los cuales se dan situaciones de utilización de las ganancias obtenidas en compra de bienes y servicios, lo cual puede estimarse como parte de la fase de agotamiento del delito, o en los cuales la conducta de lavado corresponde a la adquisición, posesión y uso, moviéndose así su punición en los límites cruciales de las problemáticas abordadas, suscitando recelos en torno a la deficiencia legislativa recién referida.

¹⁸² Artículo 27 inciso final “En todo caso, la pena privativa de libertad aplicable en los casos de las letras a) y b) no podrá exceder de la pena mayor que la ley asigna al autor del crimen o simple delito del cual provienen los bienes objeto del delito contemplado en este artículo, sin perjuicio de las multas y penas accesorias que correspondan en conformidad a la ley.”

BIBLIOGRAFÍA

- Aranguéz Sánchez, Carlos. “Concepto, tipología y bien jurídico en el delito de blanqueo de capitales”. En *El Lavado De Dinero En El Siglo XXI: Una visión Desde Los Instrumentos jurídicos Internacionales, La Doctrina y Las Leyes En América Latina y España*, coord. por Gonzalo Hernández, et.al., 83-123. México: Universidad Autónoma de Sinaloa, 2015.
- _____. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- Biblioteca del Congreso Nacional. *Historia de la Ley N° 19.913*. Chile: Biblioteca del Congreso Nacional, 2003.
- Blanco Cordero, Isidoro. “Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. L, (1997): 263-292. https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-P-1997-10026300292
- _____. “Penalización de Lavado de Dinero: Aspectos Sustantivos, Principios y Recomendaciones Internacionales”. En *Combate del lavado de activos desde el sistema judicial*, 3a. ed. Colab. Eduardo Fabián Caparrós et. al., 127-225. Washington, DC: Organización de los Estados Americanos, 2007.
- _____. “El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n°13 (2011): 1-46. <http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13.html>
- _____. “Principios y Recomendaciones Internacionales para la Penalización del Lavado de Dinero”. En *Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial. Edición especial para Perú*. 4a. ed. Colab. Eduardo Fabián Caparrós et. al., 91-203. Lima: Organización de los Estados Americanos, 2014.
- Brond, Leonardo. “Delito de lavado de dinero en Chile y Argentina. Breve análisis de derecho comparado”. *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 26 (2017): 75-95. DOI: 10.5354/0718-4735.2017.46479
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu. “Expansión del derecho penal y garantías constitucionales”. *Revista de Derechos Fundamentales UVM*, n° 8 (2012): 45-76. <https://2019-vlex-com.uchile.idm.oclc.org/#WW/vid/456818866>

- Córdoba, Fernando. “¿Se puede castigar el autolavado?”. *Revista de derecho penal y criminología*, año II n°5 (2012): 234-246.
- De Mosteyrín Sampalo, Ricardo. “El delito de blanqueo de capitales a la luz de la normativa internacional sobre la materia”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXIX (2016): 375-407.
https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-P-2016-10037500407
- Del Carpio Delgado, Juana. “La normativa internacional del blanqueo de capitales: análisis de su implementación en las legislaciones nacionales. España y Perú como caso de estudio”. *Revista Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXV (2015): 657-731.
<https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/2705/3272>
- Faraldo Cabana, Patricia. “Antes y después de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales”. *Revista Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXIV (2014): 41-79.
<https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/1898/2028>
- _____. “Cuestiones relativas a la autoría de los delitos de blanqueo de bienes”. En *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, coord. por Luz María Puente et. al., 161-194. Granada: Comares, 2008.
- Fernández Bermejo, Daniel. “En torno al concepto del blanqueo de capitales. Evolución normativa y análisis del fenómeno desde el Derecho penal”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXIX (2016): 211-276.
https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-P-2016-10021100276
- Germán Bauché, Eduardo. *Lavado de dinero: Encubrimiento y lavado de activos: Ley 25,246, reformada por Ley 26,087: comentada*. 1ra ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 2006.
- Gobierno de Chile, Unidad de Análisis Financiero, “Qué es el lavado de activos?”
<https://www.uaf.cl/estrategia/>
- Hernández Basualto, Héctor. “Límites del tipo objetivo de lavado de dinero”. En *Delito, Pena y Proceso: Libro Homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta*, coord. Luis Rodríguez Collao, 495-518. Santiago: Editorial Jurídica, 2008.
- Lascuraín Sanchez, Juan Antonio. “Blanqueo de capitales”. En *Derecho penal económico de la empresa*, Norberto J. de la Mata et.al., 493-526. Madrid: Dykinson, 2018.

- Mañalich Raffo, Juan Pablo. “El principio ne bis in idem en el Derecho Penal chileno”. *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 15 (2011): 139-169. DOI: [10.5354/0718-4735.2013.29476](https://doi.org/10.5354/0718-4735.2013.29476)
- Matallín Evangelio, Ángela. “El “autoblanqueo” de capitales”. *Revista General de Derecho Penal*, n° 20 (2013). https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=413928&d=1
- Mendoza Llamacponcca, Fidel. “Discusión en torno al autolavado y problemática sobre la actuación de los abogados frente al lavado de activos”. *Revista sapere*, n° 14 (2017). https://derecho.usmp.edu.pe/sapere/ediciones/edicion_14/sumario.html
- Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*, 10ª ed., 1ª reimpr. Barcelona: Reppertor, 2016.
- Oré Sosa, Eduardo. *El delito de lavado de activos y sus semejanzas con los delitos de receptación y encubrimiento real*. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20131208_02.pdf
- Organización de las Naciones Unidas, *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas*, 2008, http://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf
- Organización de los Estados Americanos, *Reglamento modelo CICAD-OEA*, 1992, http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/esp/reglamento_modeloFeb04_04.htm
- Palma Herrera, José Manuel. *Los delitos de blanqueo de capitales*. Madrid: Edersa, 2000.
- _____. *Los actos copenados*. Madrid: Dykinson, 2004.
- Perotti, Javier. “La problemática del lavado de dinero y sus efectos globales: Una mirada a las iniciativas internacionales y las políticas argentinas”. *Revista UNISCI*, n° 20 (2009): 78-99. <http://www.unisci.es/journal-uniscirevista-unisci-no-20-mayo-2009-argentina-terrorismo-inteligencia-africa-asia-pacifico-europa/>
- Politoff, Sergio, y Jean Pierre Mattus. *Lavado de dinero y tráfico ilícito de estupefacientes*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1999.
- Prambs Julián, Claudio. *Estudio teórico-práctico del Delito de Blanqueo de Capitales*. Santiago: LexisNexis, 2005.
- Reggiani, Carlos. “Lavado de activos. Código Penal comentado” *Revista Pensamiento Penal*. <http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado>.

- Robinson, Jeffrey. *The Laundrymen - Inside Money Laundering, The World's Third Largest Business*. New York: Arcade Publishing, 1996.
<https://archive.org/details/laundrymeninside00robi/page/376?q=The+Laundrymen+-+Inside+Money+Laundering%2C+The+World%C2%B4s+Third+Largest+Business>.
- Suárez González, Carlos. *Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. <http://www.cervantesvirtual.com/obra/blanqueo-de-capitales-y-merecimiento-de-pena-consideraciones-crtica-a-la-luz-de-la-legislacin-espaola-0/>
- Sgrilli Siqueia, Flavio. “El delito de blanqueo de capitales: una aproximación crítica a los fundamentos jurídicos del derecho penal brasileño y español”. Tesis doctoral, Universidad de Granada, 2014.
<https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/39974/2470278x.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Tondini, Bruno. *Blanqueo de capitales y lavado de dinero: su concepto, historia y aspectos operativos*. Buenos Aires: Centro Argentino de Estudios Internacionales, 2006.
- Tribunal Supremo, Sala de lo penal, *Acuerdo de 18 de julio de 2006 sobre Art. 301 de CP y concurso real*. España: Tribunal Supremo, 2006.
http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Tribunal_Supremo/Jurisprudencia_/Acuerdos_de_Sala/ci.Acuerdo_de_18_de_julio_de_2006_sobre_Art_301_de_CP_y_concurso_real.formato3
- Unidad de Análisis Financiero. *V Informe de tipologías y señales de alerta de lavado de activos en Chile*, Santiago: Unidad de Análisis Financiero, 2019.
- United Nations Office on Drugs and Crime, Perú y Ecuador, “Lavado de activos”
<https://www.unodc.org/peruandecuador/es/02AREAS/DELITO/lavado-de-activos.html>
- Verde, Alejandra. “¿Es el autolavado de dinero un delito posterior co-penado?”. *Revista En letra: Derecho Penal*, año I, n° 2 (2016): 55-85.
[\[https://docs.wixstatic.com/ugd/e7bffd_b1c58b3b16504da58ddcd7798e5e8329.pdf\]](https://docs.wixstatic.com/ugd/e7bffd_b1c58b3b16504da58ddcd7798e5e8329.pdf)
- Winter Etcheberry, Jaime. “La regulación internacional del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo”. En *Lavado de Activos y Compliance. Perspectiva internacional y Derecho comparado*, coord. Kai Ambos et. al., 91-142. Lima: Jurista Editores, 2015.