



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

DELITO TRIBUTARIO COMO DELITO BASE DEL LAVADO DE
ACTIVOS
ANÁLISIS Y COMENTARIOS DE LOS CAMBIOS INTRODUCIDOS
POR LA LEY 20.818

IGNACIO PEÑA CAROCA

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

PROFESOR GUÍA:
GONZALO MEDINA SCHULZ

Tabla de Contenidos

Resumen	V
Introducción	6
I. El lavado de activos en Chile: evolución de la legislación chilena e introducción del delito tributario como delito base.	9
a) Normativa previa a la ley 19.913	9
b) Regulación de la ley 19.913	13
c) Subsistemas	15
d) Artículo 19 de la ley 19.913: figuras típicas y delitos base.....	19
e) Modificaciones de la ley 20.199	40
f) Ley 20.818	42
II. La regulación del delito tributario como delito base en el derecho comparado.....	46
a) España.....	46
b) Alemania:	56
c) Francia.....	62
d) Italia	65
e) Bélgica:	68
f) Argentina.....	73
g) Perú	77
h) Brasil.....	82

i) Conclusiones	85
III. Instrumentos y organismos internacionales que establecen la sanción al blanqueo de capitales y su evolución.....	89
a) Recomendación R (80) 10 del Consejo de Ministros del Consejo de Europa	89
b) Declaración de principios de Basilea.....	90
c) Tratado de Viena de la Organización de las Naciones Unidas	92
d) Recomendaciones del GAFI	95
e) Convenio europeo sobre blanqueo, seguimiento, embargo y confiscación del producto de los delitos. “Convenio de Estrasburgo”	101
f) Directiva del Consejo de las Comunidades sobre prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales	105
g) Reglamento Modelo Americano sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos graves.....	108
h) Convención Internacional de Palermo de las Naciones Unidas contra la delincuencia transnacional organizada.....	110
i) Convención de Mérida.	112
j) Convenio de Varsovia.	114
k) Conclusiones	114
IV. La conducta típica y otros aspectos relevantes del delito de lavado de activos en Chile. 123	
a) El delito tributario como delito base en la ley 20.818.....	124

b) El lavado de activos como delito autónomo.....	134
c) Las conductas típicas de la letra “b” del artículo 27	140
d) La llamada “Fenomenología del blanqueo de capitales”: Etapas del proceso de lavado.	147
e) Circulación patrimonial y la cuota tributaria como objeto material del lavado de activos.....	162
Conclusiones	171
Bibliografía.....	177

Resumen

La tesis tiene por objeto llevar a cabo un análisis de los cambios introducidos por la ley 20.818 en materia de lavado de activos y delito tributario en Chile. A efectos del tema que se propone desarrollar, el cambio más relevante introducido por la nueva regulación fue la modificación del artículo 27 de la ley 19.913 al incorporar nuevos delitos base al sistema de lavado de activos chileno. Dentro de estos se encuentra el injusto del artículo 97, número 4, inciso tercero del código tributario, que sanciona a quien, simulando una operación tributaria, obtuviese devoluciones de impuestos indebidas. La incorporación se muestra, no obstante, como restrictiva al ser este tipo penal solo uno de los cuatro delitos que contempla la disposición, en un contexto de hipótesis amplias de fraude fiscal en el derecho comparado y en la regulación internacional en la materia. Tal aspecto hace surgir la necesidad de realizar un estudio que aborde la regulación del fraude fiscal como delito antecedente en la ley chilena, evaluando los argumentos para su restrictiva inclusión en base a un estudio dogmático y comparado del delito.

Introducción.

El presente trabajo busca realizar un estudio y análisis de los cambios introducidos por la ley 20.818 en materia de lavado de activos y delito tributario en Chile. La modificación más relevante para el objeto de esta investigación fue la introducción en el artículo 27 de la ley 19.913 de nuevos delitos base al sistema de lavado de activos chileno. Como se explicará a lo largo de este trabajo, la estructura típica del blanqueo de capitales (o lavado de activos) requiere para su configuración la presencia de un delito base – o antecedente – del cual surjan los bienes objeto del posterior lavado. Una de las mayores innovaciones de la ley 20.818, en consecuencia, fue la incorporación del injusto típico del artículo 97, número 4, inciso tercero del código tributario, que sanciona a quien, simulando una operación tributaria, obtuviese devoluciones de impuestos indebidas. La inclusión podría manifestarse, no obstante, como restrictiva al ser este tipo penal solo uno de los cuatro delitos que contempla la disposición, en un contexto de hipótesis amplias de fraude fiscal en el derecho comparado y en la regulación internacional en la materia. Tal aspecto hace surgir la necesidad de realizar un estudio que aborde la regulación del fraude fiscal como delito antecedente en la ley chilena, evaluando los argumentos para su restrictiva inclusión en base a un estudio dogmático y comparado del delito

Para este objeto el primer capítulo procederá a exponer la evolución de la regulación que se ha dictado en torno al delito de lavado de activos en el derecho nacional, desde sus primeras manifestaciones, la dictación de la ley 19.913 y la última modificación con la ley 20.818. Luego de esta revisión será posible apreciar los fundamentos de la inclusión del delito tributario como delito base en el ordenamiento jurídico chileno.

En el segundo capítulo, se analizará la regulación que ofrece el derecho comparado en lo relativo al delito tributario como delito base. Se llevará a cabo una revisión de los argumentos que ofrece la doctrina tanto para su mantención, supresión y expansión, siempre con la vista puesta en las soluciones propuestas para el ordenamiento jurídico chileno.

En el tercer capítulo, se llevará a cabo una revisión de los principales instrumentos y organismos internacionales que han generado una normativa reguladora del blanqueo de capitales. El objeto de esta revisión no es sólo conocer las fuentes internacionales de la regulación nacional, sino también comprender la evolución expansiva que ha tenido su tratamiento. De este modo, podrá apreciarse una ampliación en los últimos 25 años de los supuestos criminológicos que fundamentan su tipificación, de los delitos bases y de las conductas típicas

Finalmente, en el cuarto capítulo, una vez analizado tanto el origen en Chile como en el derecho comparado del delito, se procederá a llevar un análisis del

lavado de activos como un delito autónomo cuyas conductas típicas - contempladas en la letra b) del artículo 27 de la ley 19.913 – pueden ser interpretadas sistemáticamente. Esto permitirá compatibilizar la expansión de los delitos base (en especial, la recepción del delito tributario) y las hipótesis típicas con las garantías del derecho penal y la sistemática del delito.

I. El lavado de activos en Chile: evolución de la legislación chilena e introducción del delito tributario como delito base.

a) Normativa previa a la ley 19.913

La inserción de los bienes de origen delictivo en el sistema económico legal ha significado siempre una preocupación para las autoridades en la materia, no obstante a que la ley 19.913 – que regula íntegramente el delito como delito autónomo - fuese dictada recién el 18 de diciembre de 2003.

Previo a la dictación de esta ley, diversas normas fueron utilizadas para regular las manifestaciones de este fenómeno delictivo. Se buscó regular esta conducta, en primer lugar, por medio del delito de receptación, figura típica contemplada en el artículo 456 bis A del Código Penal. La norma establece:

“Artículo 456 bis A. El que conociendo su origen o no pudiendo menos que conocerlo, tenga en su poder, a cualquier título, especies hurtadas, robadas u objeto de abigeato, de receptación o de apropiación indebida del artículo 470, número 1º, las transporte, compre, venda, transforme o comercialice en cualquier forma, aun cuando ya hubiese dispuesto de ellas (...).”

No obstante, las diferencias en materia de conducta típica – el delito de blanqueo de capitales regula actos que van más allá de tener en su poder, transportar, comprar, vender, transformar y comercializar - delitos precedentes – que se extienden más allá del hurto, robo, abigeato, de receptación y apropiación indebida - y en tipo subjetivo – contemplando no sólo el dolo directo y eventual, sino también su manifestación imprudente – planteó la necesidad de generar un tipo penal independiente a la receptación.

En segundo lugar, algunos fallos incriminaban los actos de favorecimiento real del tráfico ilícito de estupefacientes con arreglo al artículo 17 del Código Penal, es decir, conforme a las normas que regulan el encubrimiento en materia de intervención delictiva.¹ Si bien es posible comprender que este modo sancionar las conductas de lavado atípicas obedecían a la necesidad de no dejar sin sanción ciertas manifestaciones delictivas, las diferencias en materia de autonomía del delito de lavado de activos, sanción, conductas típicas, tipo

¹ POLITOFF, S. 1999. Lavado de Dinero y Tráfico Ilícito de Estupefacientes. Santiago, Editorial Jurídica. 37p. Coincide con este argumento el abogado Juan Pablo Hermosilla en la tramitación de la ley 19.913, al señalar: "(...) parece existir la creencia que el lavado de dinero era impune antes de esta ley 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, que dice: "son encubridores los que con conocimiento de la perpetración de un crimen o de un simple delito o de los actos ejecutados para llevarlo a cabo, sin haber tenido participación en él como autores, ni como cómplices, intervienen con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes: 1º Aprovechándose por sí mismos o facilitando a los delincuentes medios para que se aprovechen de los efectos del crimen o simple delito." En Historia de la ley 19.913. Biblioteca del Congreso Nacional, 205p.

subjetivo, entre otras, manifiestan una distancia irreconciliable entre las instituciones.

Con posterioridad, en 1995, se dictó la ley 19.366. Si bien su objeto fue la regulación del tráfico ilícito de estupefacientes, en su artículo 12 contenía una importante disposición relativa al blanqueo de capitales. Esta ley fue dictada por mandato de la Convención de Viena de 1988, que Chile ratificó y promulgó como Ley de la República mediante el Decreto Supremo N°543 del Ministerio de Relaciones Exteriores en agosto de 1990.²

El artículo 12 de esta ley, establecía:

“Artículo 12.- El que, a sabiendas que determinados bienes, valores, dineros, utilidad, provecho o beneficio se han obtenido o provienen de la perpetración, en Chile o en el extranjero, de hechos constitutivos de alguno de los delitos contemplados en esta ley, participe o colabore en su uso, aprovechamiento o destino, será castigado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de doscientas a mil unidades tributarias mensuales. Se entiende por uso, aprovechamiento o destino de

² Resulta importante comprender que en un primer momento la dictación de la ley 19.366 sólo respondía meramente al cumplimiento de un compromiso que adoptó Chile al suscribir la Convención de Viena de 1988. Es por esta razón que el decreto supremo que promulgó dicha ley fue dictado por el Ministerio de Relaciones y el delito base regulado por la ley solo es el tráfico ilícito de estupefacientes. En Citado por LASTRA D. y ANDUEZA D. 2009. El tratamiento del Lavado de Dinero en Chile ante la normativa de la ley 19.913. Santiago, Editorial Metropolitana. 75p.

los bienes aludidos precedentemente todo acto, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que importe o haya importado tenencia, posesión o dominio de los mismos, sea de manera directa o indirecta, originaria, simulada, oculta o encubierta."

Como puede apreciarse, la disposición solo contemplaba como delito base aquel relativo al tráfico ilícito de estupefacientes. Tal carácter restringido se debe principalmente a la influencia de la Convención de Viena y a los compromisos adoptados en virtud de ella. Como se podrá apreciar infra (Capítulo III), el sentido de dicho instrumento se encuentra en el combate al tráfico de drogas y las cuantiosas ganancias que produce.³

Destaca en esta disposición, en lo que respecta al tipo subjetivo, la frase "a sabiendas". De acuerdo a la doctrina de la época este tipo penal se inclinaría por la exigencia del dolo directo debido a su estructura y tenor literal.⁴

Finalmente, de acuerdo al artículo 13 de la Ley, la acción penal por el delito de lavado de dinero solo podía ser ejercida por el Consejo de Defensa del Estado, por medio de querrela o denuncia. Dicho aspecto procesal, indicaba que el inicio

³ En el Proyecto de Ley, que envió el Ejecutivo el 6 de abril de 1992, a la Cámara de Diputados, en el párrafo pertinente, anota al respecto: *"No escapará al alto criterio de esta Honorable Cámara que la principal motivación de las organizaciones delictivas dedicadas al tráfico ilegal de estupefacientes lo constituye el interés económico, la obtención de ganancias, Para desalentar tal propósito) al igual que en la mayoría de las naciones desarrolladas y no pocas naciones americanas, propone sancionar las conductas que tienen por objeto ocultar o encubrir el origen ilícito de los recursos que genera el tráfico ilegal de los estupefacientes"*. En SILVA, H. 1997. El delito de lavado de dinero proveniente del tráfico ilegal de drogas como un delito internacional. Valparaíso, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, XVIII, 558p.

⁴ *Ibíd.*, 560p.

del proceso judicial solo podía iniciarse una vez que se hubiese puesto término a la investigación extrajudicial, previa o administrativa.⁵

Estos y otros aspectos del tipo penal, sumado a la evolución internacional en la materia, llevaron la presentación de un nuevo proyecto de ley (durante el año 1999) con el objeto de reformar las normas relativas al delito de blanqueo de capitales. El proyecto buscaba una reforma a la Ley de Drogas, la creación de una Unidad de Inteligencia Financiera y la modificación de los tipos penales de lavado de activos. Así, luego de una compleja tramitación,⁶ que incluyó la presentación de nuevos proyectos de ley, la realización de sendas modificaciones e, incluso, la exclusión de algunos elementos del articulado original por parte del Tribunal Constitucional, se dictó la ley 19.913.

b) Regulación de la ley 19.913

La ley 19.913 que “crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos, fue promulgada el 12

⁵ **Artículo 13:** *Los juicios criminales por los delitos penados en el artículo anterior sólo podrán ser iniciados por querrela o denuncia de! Consejo de Defensa del Estado, una vez concluida la investigación preliminar a que se alude en los artículos siguientes".* *Ibíd.*, 561p.

⁶ En el año 1999, el gobierno de Eduardo Frei ingresa a la Cámara de Diputados el Mensaje N°232-341, por medio del cual modifica la ley de drogas, crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica las disposiciones relativas al blanqueo de capitales, manteniendo dicha figura dentro de la ley especial creada al efecto. Con posterioridad y bajo la Presidencia de Ricardo Lagos, se envía un nuevo Mensaje Presidencial (N°22-347) en las que trataba en forma separada la ley de drogas, la Unidad de Inteligencia Financiera y el tipo penal de lavado. Este último sería incorporado al Código Penal en el artículo 456 bis B, luego de la regulación del delito de *receptación*. Finalmente, y luego de una serie de modificaciones e indicaciones al proyecto original, se promulga la ley 19.913 el 12 de diciembre de 2003. En PRAMBS, C. 2005. El Delito de Blanqueo de Capitales. Santiago, LexisNexis, 43p.

de diciembre y publicada el 18 de diciembre de 2003. Dentro de sus modificaciones más relevantes, se encuentran las siguientes:

Se derogan las normas de la ley de drogas (artículos 12 a 17) relativos al blanqueo de capitales, violación de secreto de investigación por estos delitos y a la obstrucción a la justicia. Este delito, como ya se hacía mención, solo contaba con una hipótesis dolosa en su regulación y adolecía, además, de escasos delitos base.

El delito de blanqueo de capitales, en segundo lugar, pasó a formar parte de esta ley especial, desligándose de la propuesta de incluirlo en el Código Penal como artículo 456 A bis.

Crea la Unidad de Análisis Financiero (UAF), servicio público, descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio. Se le asignan funciones preventivas, normativas y de inteligencia financiera. Durante su tramitación, sin embargo, el Tribunal Constitucional excluyó algunas normas del articulado relativas a las facultades para imponer multas administrativas y solicitar ampliamente información a cualquier persona.⁷ Consagra, además, en su artículo 20 el delito de asociación ilícita para lavar activos.

Amplía el catálogo de delitos base por el cual se fundamenta la sanción por el delito de lavado de activos. La ley 19.366 solo contemplaba como delito

⁷ *Ibíd.*, 44p.

antecedente el tráfico ilícito de estupefacientes. La modificación incluyó como delitos base: delitos terroristas, delitos contemplados en la ley de control de armas, prevaricación y cohecho a jueces, delitos de la ley de Mercado de Valores, delitos de la ley de Bancos, secuestro, sustracción de menores, malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales cometidas por funcionarios públicos, corrupción de menores, pedofilia, pornografía infantil, tráfico internacional.⁸

Finalmente, en lo que respecta al tipo subjetivo, el delito no sólo presenta una hipótesis de comisión dolosa, sino también negligente o culposa.

c) Subsistemas

Por la complejidad de las medidas que introduce y las diversas áreas que aborda en su regulación, la ley 19.913 establece un verdadero sistema antilavado de activos en Chile. Esta normativa se estructura en base a dos grandes pilares: subsistema preventivo y subsistema de control y persecución penal.

El subsistema preventivo, está estructurado en torno a un organismo central llamado “Unidad de Análisis Financiero” (UAF), servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que se relaciona con el Presidente de la República a través del Ministerio de Hacienda (artículo 1).

⁸ Ibíd., 46p.

Dentro de las funciones de este órgano se encuentran solicitar, verificar, examinar y archivar información relativa a las operaciones sospechosas (reportes de operaciones sospechosas o ROS) de las personas naturales y jurídicas obligadas a presentarlas, conforme a lo que establece el artículo 3 de la ley (artículo 2).⁹ Si bien cualquier persona puede cometer el delito de blanqueo de capitales, las actividades reguladas por el artículo 3 de esta ley – y por todo el subsistema preventivo – intentan imponer obligaciones en áreas que se presentan más idóneas para la ejecución de este delito.¹⁰ Se trata en general de todas aquellas personas naturales o jurídicas que realizan alguna actividad de intermediación o de naturaleza económica en el sistema financiero¹¹ y que se

⁹ De acuerdo a lo que sostiene el inciso primero del artículo 3 de la ley, las *personas naturales o jurídicas obligadas a presentar la información* son las siguientes: los bancos e instituciones financieras; empresas de factoraje; empresas de arrendamiento financiero; las empresas de securitización; las administradoras generales de fondos y las sociedades que administren fondos de inversión privados; el Comité de Inversiones Extranjeras; las casas de cambio y otras entidades que estén facultadas para recibir moneda extranjera; las emisoras y operadoras de tarjetas de crédito; las empresas de transferencia y transporte de valores y dinero; las bolsas de comercio; los corredores de bolsa; los agentes de valores; las compañías de seguros; los administradores de fondos mutuos; los operadores de mercados de futuro y de opciones; las sociedades administradoras y los usuarios de zonas francas; los casinos, salas de juego e hipódromos; los titulares de permisos de operación de juegos de azar en naves mercantes mayores, con capacidad de pernoctación a bordo, y que tengan entre sus funciones el transporte de pasajeros con fines turísticos; los agentes de aduana; las casas de remate y martillo; los corredores de propiedades y las empresas dedicadas a la gestión inmobiliaria; los notarios; los conservadores las administradoras de fondos de pensiones, y las sociedades anónimas deportivas profesionales, regidas por la ley N° 20.019.

¹⁰ TOSO, A. 2008. Blanqueo de Capitales. Su prevención en el ordenamiento jurídico chileno. Santiago, Revista Chilena de Derecho, vol. 35 N° 3, 414p. Nota 44.

¹¹ HERNÁNDEZ, H. 2009. Criterios de actuación en materia del delito de lavado de dineros y otros tipificados en la ley 19.913. Santiago, Informe en Derecho a Ministerio Público. Oficio FN N°16/2009. 2p.

encuentran más expuestas al intento de ocultar o disimular el origen ilícito de determinados bienes.

La información que debe ser entregada se refiere a las llamadas “operaciones sospechosas”. El inciso segundo del artículo 3 de dicha ley entendía por operación sospechosa:

“todo acto, operación o transacción que, de acuerdo con los usos y costumbres de la actividad de que se trate, resulte inusual o carente de justificación económica o jurídica aparente, sea que se realice en forma aislada o reiterada.”

Tal operación - en el sentido que se hizo referencia precedentemente - luego de ser analizada por la UAF, debe ser remitida al Ministerio Público si contiene indicios de haberse cometido el delito de lavado de activos para su investigación.

Por otro lado, el subsistema de control y persecución penal del delito está estructurado - en su aspecto, que podríamos llamar, sustantivo - fundamentalmente en los artículos 19 y 20. En estas disposiciones se encuentran descritos los elementos del tipo penal de lavado de activos (artículo 19) y de asociación ilícita para lavar dinero (artículo 20).

Los artículos siguientes hacen referencia a la investigación por los hechos constitutivos del delito de lavado de activos y que complementan las normas del Código Procesal Penal en la materia.

Uno de los aspectos más relevantes de las normas procesales que introduce la ley, se encuentra en las medidas cautelares reales del artículo 32, entre las que se encuentran, entre otras, la prohibición de celebrar determinados actos y contratos; retener en bancos o entidades financieras depósitos de cualquiera naturaleza que sean; impedir transacciones de acciones, bonos o debentures; y, en general, todo cuanto conduzca a evitar la conversión del provecho ilícito en actividades que oculten o disimulen su origen delictual. Respecto al resto de la normativa, la ley 19.913 se remite a la ley 20.000 en materia de técnicas especiales de investigación, cooperación internacional, protección de personas que hubieran colaborado con la investigación, inhabilidad de abogados, medidas cautelares e incautaciones, juzgamiento, cumplimiento de condena, entre otras.¹²

La importancia de la consagración de un sistema de lavado de activos en Chile recae en el reconocimiento de la existencia de una interacción constante entre la prevención y la sanción para un adecuado tratamiento del delito. Así, el significado práctico de la criminalización del delito (subsistema de control y persecución penal), se encuentra en reforzar los incentivos para el cumplimiento de la regulación y supervisión preventiva de los sujetos obligados. Por su parte, el marco jurídico preventivo (subsistema de prevención) ha entregado importantes herramientas normativas –determinación de sujetos obligados,

¹² *Ibíd.*

consagración de deberes de información, entre otras – para hacer posible la imputación de responsabilidad penal en el ámbito privado.¹³

d) Artículo 19 de la ley 19.913: figuras típicas y delitos base

El artículo 19 de la ley 19.913 es de especial relevancia para el objeto de este estudio, no sólo porque regula todos los elementos del tipo penal, sino también porque en cada una de sus incisos ofrece importantes aspectos a analizar. Este capítulo, no obstante, solo tiene pretensiones expositivas, pues el desarrollo dogmático de la figura y la toma de postura es el objeto del capítulo final.

En la estructura del blanqueo de capitales tal como se presenta en la ley chilena se destacan los siguientes aspectos:

i) Delitos base

El lavado de activos se estructura en base a la comisión de dos injustos: delito base y delito de lavado propiamente tal. Así, el fundamento de la punibilidad del delito radica en quien “oculte o disimule el origen ilícito de determinados bienes” y quien haya “conocido su origen ilícito”, donde origen ilícito supone la comisión de un delito originario cuyos bienes son directa o indirectamente consecuencia del mismo.

¹³ En BERMEJO, M. 2015. Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Un análisis jurídico-económico. Madrid. Marcial Pons. 291 – 292pp.

Respecto al delito base, la ley 19.913 utiliza el sistema de *numerus clausus*, es decir, establece un catálogo de delitos determinados y específicos generadores del objeto material del blanqueo de capitales (i.e. los bienes susceptibles de lavar). Además Chile, comparte este sistema Alemania. El § 261 StGB establece un catálogo taxativo de delitos precedentes entre los que se encuentran crímenes, tráfico ilícito de estupefacientes, ciertos delitos tributarios, etc.¹⁴

Un segundo sistema, compartido por países como Suiza, amplía el rango de delitos generadores de los bienes susceptibles de ser blanqueados a los delitos graves.¹⁵

¹⁴ “§ 261. Lavado de dinero; ocultamiento de bienes mal habidos

(1) Quien oculte una cosa, encubra su origen, o impida o ponga en peligro la investigación del origen, del descubrimiento, del comiso, la confiscación, o el aseguramiento de un tal objeto, que provenga de un hecho antijurídico mencionado en la frase 2, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa. Hechos antijurídicos en el sentido de la frase 1 son:

1. crímenes

2. delitos conforme a: a) § 332 inciso 1, también en conexión con el inciso 3 y el § 334 b) § 29 inciso 1 frase 1 numeral 1 de la Ley de Estupefacientes (Betäubungsmittelgesetz) y el § 29 inciso 1 numeral 1 de la Ley de Vigilancia de Materias Básicas (Grundstoffüberwachungsgesetz),

3. Delitos según el § 373 y cuando el autor actúe profesionalmente según el § 374 de la Ley general tributaria (Abgabenordnung), también en conexión con el § 12 inciso 1 de la Ley para la ejecución de las Organizaciones Comunes de Mercado (Gesetz zur Durchführung der Gemeinsamen Marktorganisationen),

4. Delitos 92 a) según los § 180b, 181a, 242, 246, 253, 258, 263 a 264, 266, 267, 269, 284, 326 inciso 1, 2 y 4 así como el § 328 inciso 1, 2 y 44, b) según el § 92 a de la Ley para extranjeros (Ausländergesetz) y del § 1 84 de la Ley de Procedimientos para Asilados (Asylverfahrensgesetz), que hayan sido cometidos profesionalmente o por un miembro de la banda que se ha asociado para la comisión continuada de tales hechos, y 5. Delitos cometidos por un miembro de una asociación criminal (§ 129) En los casos de la frase 2 numeral 3 se aplica también la frase 1 para un objeto referente al cual se le hayan ocultado datos.” La traducción se encuentra en MARTINEZ, D. 2011. El delito fiscal y el delito de blanqueo de capitales en Alemania. Crónica Tributaria, Num. 141/2011, 174pp y ss.

¹⁵ “La voluntad del legislador de tipificar el blanqueo como instrumento eficaz de lucha contra la criminalidad organizada mediante la privación, a través del comiso, de sus ingentes ganancias, le llevó a la exigencia de que los valores patrimoniales tuviesen que proceder de un delito grave,

Finalmente, el tercer sistema prescinde de toda restricción a los delitos antecedentes, por lo cual sanciona el blanqueo de bienes procedentes de cualquier clase de delitos. Ejemplos de este sistema son España¹⁶, Brasil¹⁷ y Argentina¹⁸

En el caso chileno, el catálogo taxativo de delitos está establecido en la letra a) del artículo 27 de la ley 19.913 y establece la siguiente lista de ilícitos previos:

- Delitos contemplados en la ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas: En la actualidad, la referencia

reflejando así la inevitable y cuasi instintiva asociación entre blanqueo y tráfico de estupefacientes”. En RENART, F. 1997. El blanqueo de capitales en el derecho suizo. Revista del poder judicial, N° 50, 1998 , 127p. Coincide TILLEN, J. y BILLINGS, L., cuando sostienen: “Anything defined as a ‘crime’ under Swiss penal law may qualify as a predicate offence. A crime is defined as a criminal act that can be punished by more than three years of imprisonment (article 10, paragraph 2, PC). Consequently, a long list of possible predicate offences applies. Examples are drug trafficking, fraud, theft, embezzlement, human trafficking, bribery, product piracy, counterfeiting of goods, insider trading or share manipulation. Criminal infringements of the laws of other jurisdictions also serve as predicate offences; however, it is required that the act be a criminal offence both under the applicable foreign law and under Swiss law.” en TILLEN, J. and BILLINGS, L. 2014. Anti Money Laundering in 24 jurisdictions worldwide [en línea] < https://www.amt-law.com/res/news_2014_pdf/140623_3868.pdf> [consulta: 26 febrero 2016]

¹⁶ “Artículo 301. 1. El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una *actividad delictiva* (...)” (el énfasis es propio).

¹⁷ Ley 9613 modificada por la Ley 12.683. “Art. 1 ocultar o disfrazar la naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes, derechos y objetos de valor resultantes, directa o indirectamente, un delito penal (...)”. Al respecto, REGIS PRADO sostiene: “La expresión infracción penal, en el sistema clasificatorio adoptado por el ordenamiento jurídico brasileño, abarca tanto el crimen (sinónimo de delito) como la contravención o falta penal, especies de injustos penales.” En REGIS, L. 2013. El nuevo tratamiento penal del blanqueo de capitales en el derecho brasileño (LEY 12.683/2012). Buenos Aires, Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico. 15p.

¹⁸ “Artículo 303. 1) Será reprimido con prisión de tres (3) a diez (10) años y multa de dos (2) a diez (10) veces del monto de la operación, el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare, disimulare o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado, bienes provenientes de un ilícito penal (...)”.

debe realizarse a la ley 20.000 que regula el tráfico ilícito de estupefacientes.

- Art. 10 de la ley Nº 17.798: fabricar, armar, transformar, importar, internar, exportar, transportar, almacenar, distribuir o celebrar convenciones sobre las armas reguladas en esa ley, sin la autorización correspondiente.
- Título XI de la ley Nº 18.045: falsear información relativa a instrumentos del mercado de valores.
- Título XVII del decreto con fuerza de ley Nº 3, del Ministerio de Hacienda, de 1997, Ley General de Bancos: entrega de información falsa.
- Código Penal, Título V, Párrafos:
 - 4: Prevaricación.
 - 5: Malversación de caudales públicos
 - 6: Fraudes y exacciones ilegales
 - 9: Cohecho
 - 9 bis: Cohecho a funcionarios públicos extranjeros.
- Código Penal, Título VI, Párrafo 10: Asociaciones ilícitas
- Artículos del Código Penal
 - 141: secuestro,

- 142: sustracción de menores,
- 366 quáter: producción de material pornográfico con menores de edad
- 367: promoción o facilitación de la prostitución de menores de edad,
- 374 bis: comercialización, importación, exportación, distribución, difusión o exhibición de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de dieciocho años.
- 411 bis: Tráfico de migrantes
- 411 ter: trata de blancas
- 411 quáter: traslado y captación de personas para explotación sexual, trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a ésta, o extracción de órganos
- 411 quinquies: asociación ilícita para el tráfico, traslado o captación de personas

La legislación chilena, en consecuencia, se ha desligado de los delitos clásicos de la criminalidad organizada.¹⁹ Esto responde, en mayor medida, a la

¹⁹ Desligándose, en consecuencia, de los delitos clásicos y organizaciones criminales que buscaba combatir originalmente. PÉREZ MANZANO, M. 2007. Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: El ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales. En BAJO FERNANDEZ, M y BACIGALUPO, S. 2009. Política Criminal y Blanqueo de Capitales. Santiago, Marcial Pons, 171p.

expansión del uso del blanqueo de capitales como un arma para el combate de los delitos y de sus consecuencias patrimoniales. En el capítulo II de este trabajo podrá apreciarse que dicha tendencia no es exclusiva de la legislación chilena, sino que responde a una tendencia latente en el derecho comparado.

Por su parte, en lo que respecta a los instrumentos internacionales, es posible apreciar una progresiva expansión en la incorporación de delitos base. Así, en una primera etapa la Convención de Viena (1988) sólo tuvo por objeto el combate a los delitos relativos al tráfico ilícito de estupefacientes. Luego, con la Convención de Palermo (2000), la comunidad internacional decidió expandir las medidas hacia el financiamiento del terrorismo. Finalmente, la Convención de Mérida (2003) estableció medidas contra la corrupción. A estos instrumentos se agregan otros como el Convenio de Estrasburgo (1990) cuyo fue expandir el combate del blanqueo de capitales provenientes de delitos graves y las Recomendaciones del GAFI (1990, 1996, 2001, 2003 y 2012), la que en su última versión - 40 recomendaciones que fueron expuestas *supra* – expanden el catálogo “con la finalidad de incluir la gama más amplia de delitos determinantes”²⁰. Este aspecto será profundizado en el capítulo III del presente trabajo.

²⁰ GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA DE SUDAMERICA, 2012. Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación. las recomendaciones del GAFI. [en línea] <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf> [consulta: 26 febrero 2016]

Puede señalarse por ahora que tanto en Chile como en el derecho comparado se ha manifestado una ampliación de los delitos base hacia una gama mayor, prescindiendo de la organización criminal como criterio determinante para su incorporación.

ii) Conductas típicas

Las letras a y b del artículo 27 señalan el núcleo normativo del tipo penal, manifestando las conductas típicas que van a ser objeto de sanción por lavado de activos (norma de conducta). La primera de estas disposiciones señala:

“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 (...)”

Desde el tipo objetivo, destacan en esta disposición las conductas típicas de “ocultar o disimular”. Conforme a lo que sostiene PRAMBS, esta frase fundamenta la consideración del tipo penal como un tipo mixto alternativo, es decir, la realización de una o más conductas descritas en el tipo penal, resultan en términos penológicos irrelevante.²¹ Lo anterior se ve ratificado por el uso de la partícula “o” cuyo función radica en expresar “alternatividad” en la relación entre dos términos, por lo que la concurrencia de ambos no altera el resultado

²¹ En PRAMBS, C. 2005. *op. cit.* 98p.

gramatical. Dicho conjunto da lugar a la primera figura punible básica: el encubrimiento.²²

En lo referente a la voz “ocultar” PRAMBS, siguiendo a Córdova Roda y Rodríguez Morullo, sostiene que contemplan tanto conductas activas como omisivas, cuyo carácter central estaría dado por hacer desaparecer de la escena jurídica no sólo un hecho o una persona, sino los elementos sobre los que el encubrimiento recae.²³ BLANCO, en España, sostiene que consiste en

“acciones positivas de esconder, disfrazar o tapar, así como callar lo que se conoce para evitar el conocimiento por terceros de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o los derechos sobre los bienes procedentes de un delito grave o la propiedad de los mismos.”²⁴

²² Esta conducta típica se encuentra contemplada en la Convención de Viena, Artículo 3 (1) literal b ii); Convención de Palermo, Art. 6 (1) literal a ii); Reglamento Modelo CICAD, Artículo 2 (3); Modelo de Legislación (PNUFID) Artículo 1 inciso 2 y Artículo 21 inciso 2; Convenio Centroamericano, Artículo 2 (2); Convenio del Consejo de Europa, Artículo 6.1 literal b y Directiva CE Artículo 1.

En el derecho comparado esta figura se encuentra contemplada en el § 261 (1) del StGB alemán como lavado propio o encubrimiento de los bienes, y sanciona a “quien oculte una cosa, encubra su origen, o impida o ponga en peligro la investigación del origen, del descubrimiento, del comiso, la confiscación, o el aseguramiento de un tal objeto”. Por su parte, el Código Penal en su artículo 301.2 se ocupa de las conductas de “ocultación o encubrimiento (...)”. El inciso primero del § 261 (1) del StGB austriaco, regula detalladamente formas de encubrimiento. El Código Penale italiano sostiene en el artículo 648 bis, en su regulación de la riciclaggio, la conducta típica de reemplazar. En HERNÁNDEZ, H. Límites al tipo objetivo del lavado de activos. En Delito, Pena y Proceso. Libro Homenaje a la memoria del Prof. Tito Solari Peralta. Editorial Jurídica De Chile. 2008. 497p

²³ PRAMBS, C. 2005. *Op. Cit.* 100p.

²⁴ BLANCO, I. 1997. *Op. Cit.* 317p. A este aspecto, habría que agregar que de acuerdo a la ley chilena, el encubrimiento puede recaer sobre el origen ilícito de los bienes – como menciona BLANCO en la ley española - o sobre los bienes mismos. Es por esta razón que BLANCO sostiene

Finalmente, la el grupo de expertos de la CICAD sostiene que consiste en “esconder, tapar o disfrazar bien sea el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad de los bienes.”²⁵

En lo que respecta el concepto de “disimular”, BLANCO señala que alude al enmascaramiento o desfiguración del origen delictivo de los bienes.²⁶ Para PRAMBS, por su parte, el sentido de su inclusión es que posee un contenido semántico más amplio que la voz “ocultar”. Exigiría, además, un plus delictivo mayor, al incluir el engaño, el fraude y la astucia en su significado.²⁷

Adicionalmente, destaca el concepto “de cualquier forma”. Se sostiene por parte de la doctrina que dicha frase supone que no existen medios comisivos específicos por medio de los cuales se puedan llevar a cabo las conductas de

que la naturaleza jurídica del precepto es la de un supuesto de *favorecimiento real*. BLANCO, I. 1997. El Delito de blanqueo de capitales. *Op. Cit.* 315p.

²⁵ EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS COMO DELITO AUTÓNOMO. Por Ricardo Pinto “et al”. 2005. CICAD, Organización de Estados Americanos, Washington D.C. 25p.

²⁶ COMBATE AL LAVADO DE ACTIVOS DESDE EL SISTEMA JUDICIAL Por Isidoro Blanco “et al”. 2014. 3ª ed. Washington D.C, U.S.A. Organización de los Estados Americanos. 109p.

²⁷ PRAMBS, C. 2005. *Op. Cit.* 101p. En efecto, la primera definición del diccionario de la Real Academia española lo entiende como “*encubrir con astucia la intención propia u ocultar lo que uno siente o padece*” y la cuarta como “*disfrazar, desfigurar las cosas, ocultar algo para que parezca distinto de lo que es, hacer desaparecer*”

Como un aspecto a considerar, cabe señalar que el origen de la voz disimular se encuentra en la Convención de Palermo del año 2000. Según lo que sostiene la historia de este instrumento, el término se utilizó para reemplazar la voz “encubrir” utilizado en la Convención de Viena. El problema de este último es que su significado no distaba de la voz “ocultar” usada por la misma Convención, razón por lo cual, para evitar duplicidades, se optó por el cambio. Adicionalmente, la amplitud del concepto “disimular” permitía la consolidación del blanqueo de capitales como delito autónomo, al alejarlo del delito de encubrimiento contemplado en otras legislaciones. En EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS COMO DELITO AUTÓNOMO. 2005. *Op. Cit.* 26p. La misma idea en PRAMBS, C. 2005. *Op. Cit.* 101p. Esto permitiría, en definitiva, eliminar los obstáculos para la inclusión de la sanción del autoblanqueo de capitales.

ocultar y disimular.²⁸ Esto resulta relevante toda vez que existen países que han tipificado de manera casuística los medios comisivos.²⁹ El problema de dicha técnica legislativa es que adolece de vacíos que terminan por defraudar las finalidades sancionatorias del tipo penal, en especial por el carácter complejo y variable de la fenomenología de las conductas de blanqueo.³⁰

La letra b, por su parte, sostiene:

“b) El que adquiriera, posea, tenga o use los referidos bienes, con ánimo de lucro, cuando al momento de recibirlos ha conocido su

²⁸ *Ibíd.*, 99p.

²⁹ En la cita N° 176, PRAMBS cita el artículo 400 del Código Penal de México como ejemplo de los tipos penales que intentan describir de manera pormenorizada los medios comisivos. Este sostiene: “Artículo 400 bis. Se impondrá de cinco a quince años de prisión y de mil a cinco mil días multa al que, por sí o por interpósita persona realice cualquiera de las siguientes conductas: I. Adquiera, enajene, administre, custodie, posea, cambie, convierta, deposite, retire, dé o reciba por cualquier motivo, invierta, traspase, transporte o transfiera, dentro del territorio nacional, de éste hacia el extranjero o a la inversa, recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, cuando tenga conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita, o II. Oculte, encubra o pretenda ocultar o encubrir la naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento, propiedad o titularidad de recursos, derechos o bienes, cuando tenga conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita”. *Ibíd.*

³⁰ Al analizar la existencia de una regulación similar en el derecho comparado, es posible citar el Código Penal español cuyas normas se acercan en cierta medida a la norma chilena. Esta disposición sostiene en el artículo 301.1 lo siguiente: “*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 terceras personas, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito*”. La doctrina española reconoce el carácter eminentemente abierto de esta formulación, entendiendo que las modalidades comisivas que menciona anteriormente (adquirir, poseer, utilizar, convertir o transmitir bienes) son meros ejemplos de conductas que buscan ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes.

En el caso de las Convenciones Internacionales suscritas en el marco de la ONU (Viena, Palermo y Mérida), no presentan esta apertura semántica en la formulación de los medios comisivos. Sin embargo, intentan abarcar extensivamente todas las manifestaciones del lavado de activos por medio de una descripción bastante extensa de las posibles manifestaciones fenoménicas del delito. Es por esta razón que se sostuvo que la primera indicación buscaba acercarse a las disposiciones de la Convención de Palermo (2000), pues no sólo incluyó el concepto “disimular” en la formulación de la letra “b” – que luego replicó la segunda indicación en la letra “a” en su formulación definitiva – sino también avanzó en una formulación mucho más extensiva de los medios comisivos.

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.”

Destacan las conductas referidas al que “posea, tenga o use” los bienes provenientes de alguna de las actividades delictivas descritas en la letra a) del artículo 27. Si bien el sentido y las limitaciones conceptuales van a ser objeto de análisis en el capítulo final, es posible establecer que existen distintas interpretaciones referidas a esta disposición que pueden resultar insuficientes o problemáticas en términos sistemáticos.

Así, ya sea que se consideren las conductas de esta disposición como “verdaderas prohibiciones de contacto” con los bienes procedentes de los delitos base,³¹ o que estas deberían ser entendidas (posesión, uso y tenencia) en torno a los artículos 700, 582 y 714 del Código Civil, el problema de la punición del simple contacto con los bienes contaminados, es que amplía los destinatarios de la sanción hasta límites cercanos a la infracción del *ne bis in idem*. En efecto, resulta imposible en algunos casos separar las conductas “posesión” o “tenencia” de los bienes de origen delictivo con la comisión del delito generador de dichos bienes. De esta forma, se sancionarían dos veces la misma conducta. En el

³¹ HERNÁNDEZ, H. 2008. *Op. Cit.* 497p.

capítulo final de esta investigación se ofrecerá una interpretación para evitar la infracción al *ne bis in idem*.

Respecto a esta misma disposición, problemáticas resultan también las sanciones a las llamadas “conductas neutrales o estándar”, a saber, conductas propias del ejercicio de actividades económicas cotidianas que se ejercen respecto de cualquier persona, como es el caso del comercio y del ejercicio de oficios de todo tipo de profesiones.³² Así, cuestionable sería sancionar al comerciante que vende un traje al narcotraficante y recibe por precio dinero proveniente de la comisión del delito de tráfico de drogas.³³ Es por esta razón que la doctrina ha establecido criterios limitadores de la sanción, tanto desde el tipo subjetivo³⁴ o desde las conductas típicas.³⁵

En relación a las conductas típicas el derecho comparado se ha manifestado de la siguiente forma: El artículo 301.1 del Código Penal español sanciona a quien “adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes (...)” y el artículo 301.2 las conductas de “ocultación o encubrimiento (...)”. Por su parte el § 261 (1) del StGB alemán establece la sanción a “Quien oculte una cosa, encubra su origen, o impida o ponga en peligro la investigación del origen, del descubrimiento, del comiso, la confiscación, o el aseguramiento de un tal objeto”

³² *Ibíd.*, 499p.

³³ *Ibíd.*

³⁴ BLANCO, I. 1997. Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Vol L. 263-291pp.

³⁵ PÉREZ MANZANO, M. 2007. *Op. Cit.* 169-208pp.

y el § 261 (2) sostiene “De la misma manera será castigado quien en relación con un objeto señalado en el inciso 1 1. Lo consiga para sí o para un tercero, o 2. Lo guarde o utilice para sí o un tercero, cuando haya conocido la procedencia del objeto en el momento en el cual lo haya obtenido”. El *Código Penale italiano* sostiene en el artículo 648 bis la conducta típica de “sustituir”, “transferir” bienes, u “obstaculizar” la identificación del origen criminal de los mismos.

En el ámbito latinoamericano, el Código Penal argentino en su artículo 303 castiga a quien “convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare, disimulare o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado”, y en la legislación peruana, el Decreto Legislativo N° 1106, en su artículo 1 sanciona a quien “convierta” o “transfiera”

Las modalidades típicas reguladas en la normativa chilena, y en general también en el derecho comparado, se basan en el artículo 3 de la Convención de Viena (1988), cuyo contenido abarca las conductas de conversión o transferencia, ocultación o encubrimiento y la adquisición, la posesión o utilización de bienes.

iii) Elementos subjetivos del tipo y modalidades culposas

Respecto a los “elementos subjetivos del tipo”, las letras a y b del artículo 27 manifiestan en su redacción un aspecto interno intensificado. En la letra a) destaca la frase “a sabiendas de que provienen, directa o indirectamente, de la

perpetración de hechos constitutivos de alguno de los delitos contemplados en (...)", mientras que en la letra b) se encuentra la frase "ha conocido su origen ilícito" y "ánimo de lucro".

A este respecto, la doctrina chilena señala casi de manera unánime que el tipo penal del artículo 27 no se reduciría sólo a la exigencia de dolo directo sino también se extendería al dolo eventual.³⁶ Las razones son de orden sistemático, puesto que si el inciso 5° del artículo 27 sanciona el lavado de dinero cometido con culpa, excluir la sanción al dolo eventual generaría una ilógica laguna de punibilidad.³⁷

A su vez, respecto a la modalidad culposa, el inciso quinto del artículo 27 sostiene lo siguiente:

"Si el autor de alguna de las conductas descritas en la letra a) no ha conocido el origen de los bienes por negligencia inexcusable, la pena señalada en el inciso primero será rebajada en dos grados."

HERNANDEZ, en este aspecto, sostiene que es probable que esta modalidad imprudente fuera incorporada a la ley pensando en las instituciones financieras obligadas a reportar operaciones sospechosas a la UAF, o en aquellas

³⁶ Esto por razones sistemáticas al interior del artículo 27 de la ley 19.913. Nada dice del desacuerdo que hay en la doctrina respecto al significado de dicha frase en el resto de las disposiciones del Código Penal.

³⁷ HERNÁNDEZ, H. 2009. *Op. Cit.* 4p. y en En PRAMBS, C. 2005. *Op.Cit.* 420-421pp.

instituciones que sirven de intermediarios y que deben ocupar cierta diligencia en evitar su utilización en el delito de blanqueo de capitales.³⁸

Esta norma tiene su regulación de referencia en lo que señala el artículo 3 de la Convención de Viena (1988), cuyo contenido, luego de expresar las conductas típicas sancionadas, exige que estas se realicen “a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos (...)”.

El artículo 301.1 y 301.2 del Código Penal español consagra este elemento subjetivo del tipo sosteniendo que las conductas típicas deben cometerse *a sabiendas* o *sabiendo* el origen delictivo de los bienes. Por su parte, el Código Penal alemán manifiesta en el § 261 (2) “De la misma manera será castigado quien en relación con un objeto señalado en el inciso 1 1. Lo consiga para sí o para un tercero, o 2. Lo guarde o utilice para sí o un tercero, cuando haya conocido la procedencia del objeto en el momento en el cual lo haya obtenido.”, finalmente, el Código Penal suizo, en su artículo 305 bis, consagra la sanción a las conductas típicas cuando “él sabía o debería haber asumido que venían de un delito”.

iv) Hecho típico y antijurídico

El inciso sexto del artículo 27 de la ley 19.913 señala:

³⁸ HERNÁNDEZ, H. 2009. *Op. Cit.* 4p

“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.”

Este es uno de los elementos más relevantes para la consideración del delito de blanqueo de capitales como un delito autónomo. De acuerdo a la norma chilena no resulta necesaria la condena e incluso la persecución penal previa del delito base para iniciar la investigación o el juzgamiento del delito de blanqueo de capitales. Es así como la propia ley permite que la sentencia por el delito previo pueda dictarse en la sustanciación del proceso por el delito de lavado de activos, facilitando la persecución de ambos delitos.³⁹

El establecimiento del inciso sexto del artículo 27 evitó el debate producido en la doctrina y la solución que tuvo que entregar la jurisprudencia en España antes de la reforma LO 5/2010, en el sentido de que no es necesario que exista una condena por la actividad delictiva previa de la que proceden los bienes.⁴⁰ La posterior modificación legal introducida otorgó una solución legislativa al punto, de modo que el art. 301 CP requiere acreditar que los bienes supuestamente

³⁹ *Ibíd.* 3p.

⁴⁰ BLANCO, I. 2011. El Delito Fiscal como Actividad Delictiva Previa del Blanqueo de Capitales. Madrid, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 13-01, 32p.

blanqueados proceden de una actividad delictiva. Con anterioridad se exigía que los bienes procedieran de un delito.

El § 261(1) StGB por su parte sostiene la necesaria proveniencia “de un hecho delictivo mencionado en la frase 2” para iniciar la persecución por lavado de activos. El derecho penal francés, a través de la sentencia de la Corte de Casación de 20 de febrero de 2008 ha puesto el énfasis en el carácter autónomo y general del delito, al señalar que el artículo 324 del Código Penal no requiere para su persecución que se hayan iniciado persecuciones ni condenas por el delito previo – en la sentencia, el delito tributario - sino que solo es suficiente que se establezcan los elementos constitutivos del delito previo.⁴¹

Finalmente, en el Derecho brasileño, el art. 2º, §1º, de la Ley 9.613/98, con la redacción de la Ley 12.683/2012, que “la denuncia será instruida con indicios suficientes de la existencia de la infracción penal antecedente, castigándose los hechos previstos en esta Ley, aunque desconocido o exento de pena el autor, o extinta la punibilidad de la infracción penal antecedente”⁴²

v) Comisión del delito base en el extranjero

⁴¹ *Ibíd.*, 9p.

⁴² REGIS, L. 2013. *Op. Cit.* 17p.

Este elemento es comúnmente llamado “principio de universalidad” del tipo penal de blanqueo de capitales. Se encuentra contemplado en la parte final de la letra b) del artículo 27, que sostiene:

“(…) 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”

La norma establece un aspecto fundamental en la lucha contra el blanqueo de capitales, pues consagra el carácter transnacional del combate contra este delito.⁴³ En el capítulo tercero se llevará a cabo una revisión del interés de la comunidad internacional en este fenómeno delictivo. Por ahora puede sostenerse que producto del fenómeno de la integración económica, el lavado de activos comenzó a debilitar progresivamente las barreras internacionales. Así, el traslado de los bienes de origen delictivo desde una jurisdicción a otra, generó la necesidad de contar con una regulación que diera cuenta de la internacionalización del fenómeno.

⁴³ Álvarez Pastor/Egidazu Palacios, La prevención del blanqueo de capitales, p. 272. Díaz-Maroto y Villarejo, El delito de blanqueo de capitales en el Derecho español, p. 34. Citados en BAJO FERNANDEZ, M. 2009. *Op. Cit.* 18p.

Por ello, Chile estableció la posibilidad de juzgar el blanqueo de capitales si el delito base cometido en el extranjero - y del cual se derivan los bienes objeto de lavado – se encuentra contemplado en el catálogo que consagra la letra “a” del artículo 27.

Esto también fue adoptado por la mayoría de los países en el derecho comparado, como es el caso del artículo 301.4 del Código Penal español, el § 261(8) StGB, el artículo 305.3 bis del Código Penal Suizo y el artículo 303, número 4 del Código Penal argentino.

Los principales instrumentos internacionales que lo contemplaron fueron la “Directiva del Consejo de las Comunidades sobre prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales” (Directiva 91/308/CEE) y el Convenio de Estrasburgo. El primer instrumento internacional sostiene en su artículo 1 “Hay blanqueo de capitales aun cuando las actividades que generen los bienes que vayan a blanquearse se desarrollen en el territorio de otro Estado miembro o en el de un país tercero”. Por su parte, el segundo de estos instrumentos manifiesta: “A los efectos de la ejecución o aplicación del párrafo 1 del presente artículo: será irrelevante que el delito principal quede sometido a la jurisdicción penal de la Parte”.

vi) Autolavado

El inciso final del artículo 27 sostiene:

“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”

Esta norma consagra una segunda manifestación del delito de blanqueo de capitales como un delito autónomo.⁴⁴ La norma al señalar que la persona que participó en el delito base como autor o cómplice puede ser sancionada a su vez por el delito de lavado de activos por la misma intervención delictiva, establece expresamente una desvinculación entre las sanciones de los delitos.

La consagración expresa de la sanción al autolavado en Chile, evitó toda la discusión que en España llevó a cabo la doctrina y jurisprudencia con anterioridad a la reforma LO 5/2010. Durante mucho tiempo – con anterioridad al año 2010 - un importante sector doctrinal en este país sostenía, ante la ausencia de regulación expresa del artículo 301 del Código Penal, la exclusión de la sanción de los autores o partícipes del delito base. El argumento central de esta posición recaía en la impunidad general del autoencubrimiento, basada en la consideración del blanqueo de capitales como un acto posterior copenado y la existencia de un principio general de la inexigibilidad de otra conducta.⁴⁵ Por su

⁴⁴ La primera manifestación del carácter autónomo del delito es la inexigibilidad de sentencia para el delito previo o base. *Vid supra*

⁴⁵ FARALDO, P. 2014. Antes y después de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales. *Estudios penales y Criminológicos*, vol XXXIV, 44-46pp. La autora plantea el carácter *pluriofensivo* del delito de blanqueo de capitales como forma de justificar la punibilidad tanto del delito base como el de lavado de activos, pues si abarcan bienes jurídicos diversos, sería posible justificar el castigo a ambos delitos. En la actualidad, como se verá en el capítulo final, en materia de blanqueo de capitales y delito fiscal, autores como BACIGALUPO continúan sosteniendo esta

parte, la doctrina que apelaba a la sanción del autoblanqueo, sostenía el carácter pluriofensivo de este delito, la posibilidad de sancionar con una mayor pena el delito de lavado de activos en comparación al delito base y, finalmente, ante la ausencia de exclusión expresa de la sanción del autolavado, a diferencia del encubrimiento y la receptación, la manifestación de un indicio de aceptación de punibilidad tanto del delito base como el de lavado de activos.⁴⁶No obstante, no fue sino hasta la reforma LO 5/2010, que la discusión quedó zanjada con la sanción expresa al autoblanqueo de capitales.

La doctrina en el derecho brasileño también ha justificado la posibilidad de sancionar el autolavado en virtud de la diferencia de bienes jurídicos entre el delito base y el delito de blanqueo de capitales propiamente tal.⁴⁷

Por su parte, el § 261(9) del Código Penal alemán sostiene: “de conformidad con los incisos 1 a 5 no será castigado quien es condenable a causa de participación en el hecho previo”. La doctrina, no obstante, señala que la exclusión que expresa la regulación alemana no parece ser absoluta, pues, por una parte, sostiene que no será castigado quien sea condenable, por tanto en el caso que concurra la prescripción y otra causa que impida la persecución por el delito precedente, podrá ser sancionado por el delito de blanqueo de capitales.

tesis. En BACIGALUPO, E. 2012. Sobre el concurso de delitos fiscal y blanqueo de dinero. Thomson Reuters, Navarra, España. 21p. y siguientes.

⁴⁶ *Ibíd.*, 47-49pp.

⁴⁷ REGIS, L. 2013. *Op. Cit.* 18p.

En segundo lugar, también se acude a la evolución de esta norma penal, pues antes se tipificaba expresamente la ocultación de un bien procedente de un crimen o un delito cometido por un tercero. Sin embargo, al excluir esta redacción, es posible sostener la inexistencia de una exclusión total de la sanción del autolavado.⁴⁸

Finalmente, la sanción al autoblanqueo tiene sustento en los convenios internacionales en la materia. El Artículo 6.2 b) del Convenio de Estrasburgo y el artículo 9.2 b) del Convenio de Varsovia permitían a los estados miembros regular expresamente que los delitos de blanqueo “no sean de aplicación para las personas que cometieron delito principal”, lo que abre la puerta a la sanción. Esto también se encuentra establecido en el artículo 6.2 letra e) de la Convención de Palermo y en el artículo 23.2 e) de la Convención de Mérida.⁴⁹

e) Modificaciones de la ley 20.199

Con fecha 31 de agosto de 2006, se publica en el diario oficial la ley 20.119. Este cuerpo legal modifica diversos aspectos de la ley 19.913 relativos al subsistema preventivo, con especial énfasis en las materias excluidas por el Tribunal Constitucional al momento de la tramitación de esta última ley. Dicha exclusión originó el incumplimiento de alguna de las 40 recomendaciones del GAFI en

⁴⁸ MARTINEZ, D. 2011. *Op. Cit.* 165p.

⁴⁹ FARALDO, P. 2014. *Op. Cit.* 50p.

Chile, razón por la cual surgió la necesidad de realizar nuevas modificaciones a la ley 19.913.

La ley 20.199, en primer lugar, entrega a la UAF la facultad de imponer sanciones a los sujetos obligados a reportar operaciones sospechosas por incumplimiento de la normativa antilavado, dando lugar a un procedimiento administrativo para dicha infracción (artículos 22 y siguientes).⁵⁰ Dicho procedimiento, no obstante, debía contemplar el derecho a la defensa jurídica conforme a las normas que establece la Constitución Política de la República. Adicionalmente, buscaba establecer limitaciones a la información que el director de la UAF puede solicitar a los obligados, restringiéndose sólo a aquella que estimare como indispensable.⁵¹

En segundo lugar, en lo relativo a la investigación de los delitos que establece la ley 19.913, crea y amplía los tipos penales que sancionan el incumplimiento de la entrega de información a la UAF⁵² y la divulgación de la información que poseen los organismos públicos al interior del sistema antilavado (artículos 19, 20 y 21).⁵³ Por esta vía no sólo establece el procedimiento administrativo mencionado previamente, sino también mecanismos de reclamos por parte de los obligados a entregar información, que consisten tanto en procedimientos

⁵⁰ HERNÁNDEZ, H. 2009. *Op. Cit.* 3p

⁵¹ LASTRA D. y ANDUEZA D. 2009. *Op. Cit.* 87p.

⁵² *Ibíd.*

⁵³ HERNÁNDEZ, H. 2009. *Op. Cit.* 3p

administrativos, como judiciales. En virtud de esta modificación, los delitos que antes se contemplaban en el artículo 19 y 20 de la ley 19.913, pasaron a ubicarse en el artículo 27 y 28 de la misma.

En tercer lugar, amplió el número de sociedades que debían entregar información respecto a las operaciones sospechosas, entre las que se encuentran las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), las Sociedades Anónimas Deportivas Profesionales y Personas Naturales y Jurídicas Obligadas a reportar operaciones sospechosas y operaciones en efectivo superiores a 450 unidades de fomento, conforme al artículo 3 de la ley 19.913. Ahora, no obstante, cambia dicho monto por el de US\$ 10.000 (artículos 1, 2 y 3).

Finalmente, amplía las fuentes de información a las que tiene acceso, permitiendo incluso acceder a las bases de datos de los organismos públicos y las resguardadas por secreto bancario (artículos 1, 2 y 33 bis).

f) Ley 20.818

Con fecha 18 de febrero de 2015 se publica la ley 20.818 que perfecciona los mecanismos de prevención, detección, control, investigación y juzgamiento del delito de lavado de activos.

Entre otras materias, la nueva ley aumenta el número de entidades privadas obligadas a informar a la UAF sobre los actos, transacciones u operaciones sospechosas. Dentro de estas nuevas entidades obligadas a

informar, se incluyen las bolsas de productos y otras que sean supervisadas por la Superintendencia de Valores y Seguros, las organizaciones deportivas profesionales, las representaciones de bancos extranjeros y las empresas de depósito de valores (artículo 3). Precisa, además, que todos los sujetos supervisados también deberán informar sobre las operaciones sospechosas de financiamiento del terrorismo (artículo 38).

En segundo lugar, faculta a las superintendencias y demás servicios y órganos públicos a informar sobre operaciones sospechosas, tanto de lavado de activos como de financiamiento del terrorismo, que adviertan en el ejercicio de sus funciones (artículo 3 inciso sexto).

Por otro lado, reduce el umbral de los Reportes de Operaciones en Efectivo (ROE) que las entidades privadas supervisadas deben informar a la UAF a US\$ 10.000 (o su equivalente en pesos chilenos). La regulación precedente, establecía el umbral en 450 Unidades de Fomento (artículo 5).

En cuarto lugar, modificando el artículo 154 de la Ley General de Bancos, posibilita a los fiscales del Ministerio Público, con autorización de un juez de garantía, requerir el alzamiento del secreto bancario en las investigaciones por el delito de lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

En quinto lugar, establece el congelamiento y retención de activos de las personas vinculadas al financiamiento del terrorismo, que se encuentren en los

listados del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (artículo 3, inciso segundo).

Finalmente, amplía el catálogo de delitos base o precedentes de lavado de activos a través de la modificación del artículo 27 de la ley 19.913. Ahora pasan a formar parte el contrabando, delitos contra de la propiedad intelectual, la falsedad maliciosa en los documentos que se acompañen en las actuaciones con el Banco Central o en las operaciones de cambios internacionales, la asociación ilícita, comercialización de material pornográfico (en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de 18 años), las estafas, fraude de subvenciones y el delito tributario del artículo 97, número 4 inciso tercero.

Respecto a este último aspecto, se basará el análisis de este trabajo. La hipótesis de delito tributario incluida como supuesto base del lavado de activos, señala:

“Artículo 97, N°4, inciso tercero: *El que, simulando una operación tributaria o mediante cualquiera otra maniobra fraudulenta, obtuviere devoluciones de impuesto que no le correspondan, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio y con multa del cien por ciento al cuatrocientos por ciento de lo defraudado.”*

Como se verá en el capítulo final, las razones que se ofrecieron para restringir las hipótesis de delitos tributarios como delitos antecedentes del lavado de activos, se encuentran - junto a razones de consenso político - en el supuesto carácter inidóneo de la cuota tributaria del resto de los incisos del artículo 97, N°4 como hipótesis base del lavado de activos y la posible infracción al ne bis in idem si es considerada la hipótesis de autolavado de la ley chilena.

Tales argumentos serán revisados en detalle y problematizados en el último capítulo de este trabajo. Previamente será necesario conocer la regulación y evolución del derecho comparado e instrumentos internacionales, con el objeto de despejar dudas en torno a la idoneidad del fraude fiscal - en todas las manifestaciones del artículo 97, N° 4 – como delito antecedente del blanqueo de capitales.

II. La regulación del delito tributario como delito base en el derecho comparado

El presente capítulo tiene por objeto llevar a cabo una exposición de la regulación del blanqueo de capitales en las legislaciones que han aceptado la inclusión del delito tributario como supuesto base. De esta manera será posible generar un panorama conforme al cual podría establecerse una regulación normativa en el derecho interno analizando de paso los presupuestos normativos que podrían permitir o descartar el fraude fiscal como supuesto del blanqueo.

Se dará inicio a esta exposición con la regulación europea finalizando con lo realizado en América.

a) España

En lo que respecta al blanqueo de capitales, la normativa española se destaca por una vertiginosa regulación y por el estrecho vínculo que ha generado con los instrumentos internacionales que se han dictado en la materia. Esto se ha manifestado en una constante transformación de la legislación y en una progresiva expansión de la normativa tanto preventiva como sancionatoria. En efecto, desde la primera ley en la materia - LO 1/1988 de 24 de marzo – hasta la última regulación dictada - LO 5/2010, de 22 de junio - se ha reformado 4 veces el sistema de combate al blanqueo de capitales y su contenido ha variado

en la medida en que lo ha hecho la regulación internacional (en particular, la europea).⁵⁴

La primera regulación dictada fue la Ley Orgánica 1/1988 de 24 de marzo, de reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas. Esta normativa introdujo un nuevo artículo – el 546 bis f) – al Código Penal por medio del cual se tipificaba por primera vez el delito de blanqueo de capitales en el ordenamiento jurídico español.⁵⁵ Tal introducción se realizó producto de la insuficiencia que mostraba para la sanción del fenómeno el tipo penal que sancionaba el encubrimiento y la receptación.⁵⁶ Esta ley buscaba seguir fielmente la producción normativa iniciada por la Convención de Viena de 1988, acercándose en la mayoría de los elementos típicos, en especial especial, en materia de delitos base, ya que dicha regulación solo contaba con el tráfico de drogas como delito antecedente.⁵⁷

La segunda regulación dictada fue la Ley Orgánica 8/1992 de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la ley de enjuiciamiento criminal en materia de tráfico de drogas. Esta reforma pretendió cumplir con los compromisos internacionales adoptados por España en la Convención de la ONU de 1988, la

⁵⁴ ABEL, M.A. 2001. Normativa Internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento español. Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho Penal. Universidad de Santiago de Compostela, 253p y ss.

⁵⁵ *Ibíd.*, 256p.

⁵⁶ *Ibíd.*, 257 – 260pp.

⁵⁷ Salvo ciertos aspectos como el establecimiento de sanciones para las formas imperfetos de ejecución y grados de participación en el delito de encubrimiento y favorecimiento real, además de sancionar actos preparatorios del tráfico de drogas. *Ibíd.*, 263p.

Directiva de las Comunidades Europeas de 1991 y el Convenio de Schengen. Esta ley agrega al código penal el artículo 344 bis h) e i)⁵⁸ sin derogar el anterior artículo 546 bis, cuestión que generó problemas interpretativos para la doctrina por el enorme parecido en las disposiciones.⁵⁹

La tercera regulación fue la dictación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal – i.e. nuevo Código Penal español. El legislador trató en este caso de ordenar el desorden legislativo en la materia unificando los delitos en el Título XII, Capítulo XIV denominado “De la receptación y otras conductas afines a la receptación” (artículo 301 a 304).⁶⁰ La mayor innovación en la materia fue la incorporación de cualquier delito grave como hecho jurídico antecedente al blanqueo⁶¹ y la adición de la cláusula abierta “...realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito” en el número 1 del artículo 301. En lo demás, sigue las disposiciones de la Convención de Viena de 1988.

La siguiente norma fue la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, por medio de la cual se intenta adaptar a las nuevas legislaciones preventivas el Código Penal y el ordenamiento jurídico español. En esta disposición se establece como hecho jurídico antecedentes cualquier delito, eliminándose la

⁵⁸ *Ibíd.*, 265pp. y ss.

⁵⁹ En efecto, sólo agregaba la sanción a una nueva modalidad típica consistente en “cualquier tipo de participación en el tráfico de drogas o precursores con la finalidad de ocultar o encubrir el origen delictivo de los bienes o de auxiliar a los que toman parte en dichos delitos”. *Ibíd.*, 269p.

⁶⁰ SÁNCHEZ, L. 2015. Blanqueo de capitales. Motivos que justifican la existencia de la regulación de prevención del blanqueo de capitales. Cuadernos de Formación. Colaboración 14/15. Volumen 19/2015, 189p.

⁶¹ ABEL, M. A. 2001. *Op. Cit.* 278p.

referencia al delito grave o aquel sancionado con una pena superior a tres años.⁶² Esta modificación permitía por primera vez la inclusión del delito fiscal como delito antecedente. El artículo 305.1 del Código Penal español consagra el tipo penal de fraude fiscal. Este señala en la actualidad:

“Artículo 305.1. El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía, salvo que hubiere regularizado su situación tributaria en los términos del apartado 4 del presente artículo.”

Un aspecto importante de la regulación española en materia de fraude fiscal es que, para atribuir el carácter delictivo a la cuota tributaria impaga, en primer lugar, debe poseer una entidad superior a EU 20.000. Si no llega a tal suma, solo

⁶² SÁNCHEZ, L. 2015. *Op. Cit.* 189p.

será considerada una infracción tributaria cuya sanción no tiene un carácter penal, sino administrativa.

Parte de la doctrina, no obstante, discutía la inclusión del fraude fiscal, pues si bien el quantum de la pena generaba la posibilidad de considerarlo un delito grave a efectos del blanqueo, la aptitud de la cuota tributaria para ser objeto del delito, era aún muy discutible.

A través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por primera vez se realiza una referencia al blanqueo de capitales como delito autónomo al quedar el capítulo XIV como “De la receptación y el blanqueo de capitales”. Se introduce, además, por primera vez la sanción de las conductas típicas “poseer” y “utilizar” en los mismos términos que la letra b) del artículo 27 de la ley chilena.⁶³ En tercer lugar, se establece expresamente la sanción al autoblanqueo en el primer párrafo del artículo 301.1, por medio de la cual se hace referencia a que el delito base puede haber sido cometido “por él o por cualquiera tercera persona”.⁶⁴ Finalmente se consagra la expresión actividad delictiva (derogando la expresión delito) haciendo referencia al hecho jurídico base, de modo que resulta irrelevante la

⁶³ Dicha modificación de la ley española tenía por objeto adaptar la regulación a las normas de la Convención de Palermo. Esta última, en su artículo 6.1. b) i recomienda la tipificación de “la adquisición, posesión y utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son producto del delito”. En FARALDO, P. 2012. El blanqueo de capitales tras la reforma de 2010. *Revista de Inteligencia* núm. cero, primer trimestre, 31p.

⁶⁴ Los argumentos que se entregaban antes para la sanción al autoblanqueo decían relación con la diferencia de bienes jurídicos protegidos por el delito de blanqueo de capitales en relación al delito base, es decir, *su carácter pluriofensivo, la ausencia de exclusión de dicha sanción y la diferencia sancionatoria entre el delito base y el delito de lavado de activos*. *Ibíd.*, 32p. También en FARALDO, P. 2014. *Op. Cit.* 44 – 46pp.

existencia de sentencia condenatoria para la imputación por el delito de lavado de activos.⁶⁵

Es la Ley Orgánica 10/2010, de 28 de abril, sobre prevención del blanqueo de capitales y financiamiento del terrorismo, la que acerca aún más la legislación española a una incorporación amplia del delito fiscal como delito antecedente. En efecto, por medio del artículo 1.2 de esta ley, se entendía bienes procedentes de una actividad delictiva:

“todo tipo de activos cuya adquisición o posesión tenga su origen en un delito, tanto materiales como inmateriales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, así como los documentos o instrumentos jurídicos con independencia de su forma, incluidas la electrónica o la digital, que acrediten la propiedad de dichos activos o un derecho sobre los mismos, con inclusión de la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública”.

De acuerdo a una parte de la doctrina, con esta modificación se realiza el segundo cambio fundamental para aceptar la inclusión del delito fiscal como actividad antecedente del blanqueo de capitales. En efecto, ahora no sólo el artículo 301 del Código Penal lo permitiría, sino también una norma

⁶⁵ FARALDO, P. 2012. *Op. Cit.* 32p.

expresamente consideraba a la cuota tributaria como objeto material del delito en cuestión.⁶⁶

No obstante, pese a esta reforma legal, la doctrina seguía negando la posibilidad de que el delito fiscal fuera considerado delito base del blanqueo de capitales por las siguientes consideraciones:

En primer lugar, sostenía que no es posible considerar a la cuota tributaria como objeto material del blanqueo de capitales, pues cuando la LO 10/2010 define los “bienes procedentes de una actividad delictiva” no hace referencia expresa a su extensión en el ámbito penal, sino que solo al alcance a efectos de la propia ley en el ámbito preventivo.⁶⁷ En el ámbito punitivo, han agregado que el propio tenor literal del artículo 301.1 del Código penal español descarta que la cuota tributaria tenga la aptitud para ser considerada objeto material, al señalar “el que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva...”. En este caso, los bienes ya existían en el patrimonio del autor previo a la comisión del delito fiscal, razón por la cual no tendrían origen en él y, en consecuencia, no podrían considerarse objeto material de blanqueo.⁶⁸

⁶⁶ BLANCO, I. 2011. *Op. Cit.* 3p.

⁶⁷ BACIGALUPO, E. 2012. *Op. Cit.* 10p. También en SÁNCHEZ, N. 2014. La declaración tributaria especial y el blanqueo de capitales. Revista de Derecho, Empresa y Sociedad. Número 4. Madrid, Editorial Dykinson. 7p.

⁶⁸ Tribunal Supremo Español. 2012. Rol 974/2012, Caso “La Ballena”. [en línea] <http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/6603543/Dolo/20130116> [consulta: 26 febrero 2016] Nótese que el mismo argumento es utilizado por la doctrina chilena para descartar la

En segundo lugar, en lo que respecta a la conducta típica, esta doctrina ha señalado que el desvalor de las conductas típicas previstas en el artículo 301 del Código Penal ya se encuentra contemplado en el tipo penal de defraudación fiscal del artículo 305. Este aspecto resulta particularmente problemático porque la norma española también sanciona la posesión de los bienes objeto de blanqueo, aspecto que pugna con el *ne bis in idem*.⁶⁹

Finalmente, esta doctrina entrega un argumento político-criminal para negar la posibilidad de que el delito fiscal sea incorporado al catálogo de delitos base. Señala que el blanqueo de capitales ha perdido su sentido original dirigido a perseguir penalmente la legitimación de bienes procedentes de actividades delictivas ligadas al tráfico de drogas, corrupción y, en general, al crimen organizado, convirtiéndose en un instrumento de control y recaudación fiscal.⁷⁰

Producto de la ausencia de acuerdo doctrinal en la materia, el Tribunal Supremo español quiso poner fin a la discusión por medio de la Sentencia 974/2012 en el caso conocido como “Ballena Blanca”. Luego de una extensa

inclusión del delito tributario en el derecho interno. Tal argumento, no obstante, no resulta trasladable por las consideraciones que van a ser expuestas en el capítulo sobre “La conducta típica y otros aspectos relevantes del delito de lavado de activos en Chile” de esta investigación. *Vid infra*.

⁶⁹ *Ibíd.* También se presenta este argumento por la doctrina nacional. *Vid infra* capítulo IV “La conducta típica y otros aspectos relevantes del delito de lavado de activos en Chile.”. Ahora bien, en este caso en particular es posible compartir la premisa de la doctrina (medios comisivos que interpretados de determinada forma pueden infringir el *ne bis in idem*), pero no sus conclusiones (descartar tipos penales como delitos base). También en BACIGALUPO, E. 2012. *Op. Cit.* 29 – 30pp.

⁷⁰ Tribunal Supremo Español. 2012. *Op. Cit.* En Chile, FERNÁNDEZ ha sostenido esto en FERNÁNDEZ, J. A. 2009. *Op. Cit.* Al respecto, véase en esta investigación el capítulo “Instrumentos y organismos internacionales que establecen la sanción al blanqueo de capitales”

revisión de las posiciones doctrinales en la materia y de la regulación en el derecho comparado, el Tribunal Supremo sostuvo una posición favorable a la inclusión de la cuota tributaria como objeto material del blanqueo de capitales, señalando los siguientes argumentos:

Respecto a las dudas que han surgido en torno a la frase “a los efectos de esta Ley...” señala:

“la intención del legislador, no manifestada, no es establecer ex novo que el fraude fiscal es delito previo del blanqueo, sino simplemente despejar las posibles dudas que hay en la doctrina a la hora de interpretar la legislación penal vigente que admite cualquier actividad delictiva como previa al blanqueo”⁷¹

Y luego manifiesta:

“Conforme al art. 305 CP, la elusión del pago de tributos (mediante una defraudación) constituye la conducta típica que genera la obligación tributaria, que tiene por objeto el pago de la cuota tributaria. Lo que surge es la denominada deuda tributaria, que según el artículo 58.1 LGT está constituida por la cuota o cantidad a ingresar que resulte de la obligación tributaria principal o de las obligaciones de realizar pagos a cuenta. Es decir, el bien

⁷¹ Tribunal Supremo Español. 2012. *Op. Cit.* 166p.

*que procede del delito fiscal es la cuantía económica correspondiente a la cuota tributaria, que es una cantidad de dinero que constituye normalmente una proporción que se aplica sobre la base imponible (gravamen). Y el dinero, evidentemente, constituye un bien en el sentido del delito de blanqueo de capitales*⁷²

Una vez aceptada que la cuota tributaria puede ser objeto material del blanqueo de capitales, las conductas típicas del artículo 301 pueden recaer sobre ella, concluye el tribunal.⁷³

Otro aspecto que aborda el Tribunal Supremo - que no toca la doctrina contraria - es la determinación de los bienes (dinero) que componen la cuota tributaria los que, en definitiva será realmente el objeto material de blanqueo. El Tribunal Supremo señala:

“...dado que la cuota tributaria es un porcentaje de la base liquidable, es razonable entender que la masa patrimonial integrada por la base liquidable contiene una parte contaminada. No está contaminada toda la base liquidable, sino solo la parte constitutiva de la cuota tributaria. Por tanto habrá delito de blanqueo si se transfiere la totalidad de la base imponible, porque

⁷² *Ibíd.*

⁷³ *Ibíd.*

*una parte está contaminada, o una cuantía de dinero que obligatoriamente incluya una parte de la cuota tributaria.*⁷⁴

De esta manera, abordando los puntos más controvertidos en la materia, el Tribunal Supremo español intentó dar por resuelto el debate doctrinal en España, aceptando el delito fiscal como delito antecedente del blanqueo de capitales y la cuota tributaria como objeto material del mismo.

b) Alemania:

La regulación germana en materia de blanqueo de capitales ha variado su configuración tanto por la forma que han adoptado los instrumentos internacionales como por necesidades político-criminales internas. Posee una particular complejidad y especificidad ausente en otras legislaciones, aspecto que se manifiesta claramente en el establecimiento del delito fiscal como supuesto subyacente.

El blanqueo de capitales se encuentra regulado en el § 261 StGB y se estructura en nueve apartados: El primero de ellos establece el tipo básico y los delitos previos, el segundo apartado regula el aprovechamiento de bienes realizado por un tercero, el apartado tres establece la sanción a la tentativa, el cuarto los casos de especial gravedad del delito, el quinto la sanción a la imprudencia temeraria, el sexto y séptimo la exoneración de culpa a terceros

⁷⁴ *Ibíd.* Esta teoría también es afirmada por BLANCO, I. 2011. *Op. Cit.* 19 – 21pp.

ajenos al delito y la confiscación de bienes, respectivamente, y los dos últimos apartados se refieren a la extensión de los hechos cometidos en el exterior y las eximentes de responsabilidad.⁷⁵

De la estructura mencionada, a efectos de este trabajo resulta relevante el primer apartado. Esto, no solo porque incluyen el tipo penal clásico de lavado de activos, sino también porque en el § 261.1.4 StGB se menciona el artículo 370 de la Ordenanza Tributaria (en adelante AO) como supuesto base. También, en el párrafo final del § 261.1 se establece la idoneidad de la cuota tributaria como objeto material del delito.

Señala el § 261.1.4 StGB:

“§ 261 Blanqueo de capitales, ocultación de elementos patrimoniales adquiridos ilegalmente

1. Quien esconda u oculte el origen de un bien procedente de uno de los hechos delictivos descritos en la frase 2 siguiente, o quien impida u obstaculice la investigación del origen, la localización, incautación, confiscación o constitución de garantías sobre tal bien, será sancionado con una pena de privación de libertad de entre tres meses y cinco años. Los

⁷⁵ MARTINEZ, D. 2011. *Op. Cit.* 158p.

hechos delictivos en el sentido de la frase 1 anterior son los siguientes: (...)

4) Delitos simples: (...)

b) (...) artículo 370 de la Ordenanza Tributaria.”⁷⁶

La *OrgKG*, de 15.07.1992 (Ley de lucha contra el tráfico ilegal de estupefaciente y otras formas de criminalidad organizada) introdujo en el en el StGB la regulación específica contra el lavado de activos. Su formulación era más bien general, al sancionar solo a quien “esconda u oculte el origen de un bien” precedente de un crimen y del tráfico de drogas.⁷⁷

Con el paso de los años, el legislador alemán fue introduciendo figuras típicas como delito subyacente al blanqueo de capitales. La primera aproximación al delito tributario en la figura fue la Ley de mejora de la lucha contra la criminalidad organizada de 04.05.1998, por medio de la cual se añaden como posibles delitos previos los previstos en los artículo 373 y 374 AO. Con posterioridad se introdujo la referencia al § 370a AO como supuesto base del § 261 StGB. Este tipo estaba consagrado como figura agravada del delito fiscal del § 370 AO (introducido por la Ley de lucha contra el fraude del IVA, StVGB de, 19.12.2001), al contemplar como modalidades comisivas la realización en forma profesional o en banda

⁷⁶ Traducción en *Ibíd.*, 174- 175pp.

⁷⁷ *Ibíd.*, 159p.

organizada. La pena de crimen a la que se ve expuesto el sujeto activo permitió su introducción como supuesto base de este delito.⁷⁸ Este tipo penal establecía:

“§ 370a Delito fiscal profesional o en banda organizada:

Será castigado con pena de uno a diez años de privación de libertad quien, en los supuestos previstos en el artículo 370:

1. De forma profesional
2. O como miembro de una banda formada con la intención de cometer delitos

Eluda impuestos en gran escala u obtenga, para sí para un tercero, beneficios fiscales indebidos (...)”

Con posterioridad, la Ley de nueva regulación de supervisión de las telecomunicaciones y otras medidas inspectoras de 01.01.2008 derogó este artículo, razón por la cual el § 261.1 debió ser modificado para contemplar la referencia al delito fiscal por medio de otra técnica legislativa. Esto se produjo por medio de la Ley complementaria de la lucha contra el blanqueo de capitales, de 21.08.2008, cuya redacción se mantiene hasta el momento. Las modificaciones introducidas en materia de delito fiscal y blanqueo de capitales constan de la eliminación de la referencia al § 370a AO, cuyo objeto pasó a ser ahora la figura básica del § 370 AO. No obstante, la cualificación de la comisión “en forma

⁷⁸ *Ibíd.*, 160p.

profesional” y “miembro de una banda” pasaron a formar parte como figuras subyacentes del tipo penal de blanqueo capitales, en el § 261.1.4.⁷⁹ De esta forma, el tipo penal en la actualidad contempla el delito fiscal como delito base, con la restricción en la cualificación en las modalidades comisivas en el propio tipo penal de lavado de activos y no el fraude fiscal.

Un segundo aspecto que caracteriza a la regulación alemana es la introducción, por medio de la Ley complementaria de la lucha contra el blanqueo de capitales, de 21.08.2008, al final del § 261.1 StGB de un párrafo cuyo tenor es el siguiente:

“En los puestos de evasión fiscal profesional o como miembro de una banda organizada, conforme a lo dispuesto en el artículo 370 de la Ordenanza Tributaria, la aplicación de la frase 1 se extenderá también a los gastos ahorrados por la evasión fiscal, a las devoluciones y beneficios fiscales obtenidos indebidamente y, en los casos del número 3 de la frase 2, a los cuyos impuestos relacionados han sido evadidos”.

Este párrafo, de finalidad aclaratoria para la doctrina, introduce la noción de que el dinero por el defraudador fiscal (cuota tributaria defraudada) constituye un bien susceptible de ser considerado objeto material del delito de blanqueo.⁸⁰ Esta

⁷⁹ *Ibíd.*, 160 – 162pp.

⁸⁰ *Ibíd.*, 162p.

disposición vino a despejar dudas y resolver la disputa doctrinal que – al igual que en España – existía en aquel país.⁸¹

Finalmente, el último aspecto a considerar en la ley alemana es la exclusión que contempla el apartado 9 del § 261 StGB del autor del delito base en la sanción al blanqueo de capitales. La norma dispone: “En relación con los apartados 1 a 5 tampoco se sancionará a quien sea condenable por haber participado en el delito precedente”. Al descartar la posibilidad de concurso real de delitos, el Código Penal alemán se aleja de la regulación española y la regulación chilena. No obstante una parte de la doctrina ha señalado que tal exclusión parece no ser absoluta en la medida en que se exige que el autor del delito subyacente sea “condenable”. De este modo, si por prescripción u otra causa de exclusión de responsabilidad penal del delito fiscal, podría quedar abierta la posibilidad de su procesamiento por blanqueo de capitales.⁸² Tal aspecto se vería confirmado por la modificación del párrafo primero, el que en su

⁸¹ El fundamento de esta disposición radica, de acuerdo a lo que sostiene el legislador alemán, en el supuesto de que normalmente las ganancias de las actividades criminales no tributan. En BLANCO, I. 2011. *Op. Cit.* 11p. AMBOS, por su parte, critica la disposición por la incertidumbre jurídica que genera. Sostiene que se renuncia con la referencia del párrafo 1 al párrafo 2 a la concreción del objeto de la acción, toda vez que los gastos ahorrados – de acuerdo al autor – serían un *nullum* y su valor una “nada objetiva”. AMBOS, Kai. “La defraudación tributaria como hecho previo al lavado de dinero en Alemania”. En Kai Ambos, Dino Caro y Ezequiel Malarino, “Lavado de activos y compliance”. Jurista Editores, Lima, Perú. 2015, 297p y ss. El autor intenta explicar dicha aseveración con una comprensión de la cuota tributaria como un simple “gasto ahorrado”. No considera la contaminación que sufre dicho dinero luego de la comisión del delito tributario. *Vid infra* Capítulo IV, f).

⁸² MARTINEZ, D. 2011. *Op. Cit.* 65p.

redacción original contemplaba la sanción del blanqueo de capitales de un crimen o delito cometido por un tercero.⁸³

c) Francia

En este país, el delito de blanqueo de capitales y sus supuestos base se encuentran regulados en el artículo 324-1 del Código Penal Francés, que sostiene:

Artículo 324-1: *“El lavado de dinero consiste en facilitar, a través de cualquier medio, la falsa justificación de los orígenes o propiedad de los ingresos de quien haya llevado a cabo un delito, el cual le haya provisto, directa o indirectamente, algún beneficio.*

*El lavado de dinero también consiste en participar en la transformación, encubrimiento u ocultación de los beneficios directos o indirectos que haya generado la comisión de un delito”.*⁸⁴

El delito tributario, en consecuencia, puede ser considerado supuesto base del blanqueo pues el tipo penal acá citado admite como delito previo cualquier crimen o delito (similar a lo que ocurre en el Código Penal español).

⁸³ *Ibíd.*

⁸⁴ DURRIEU, R. 2013. *Op. Cit.* Nota 20.

No obstante, ante las dudas que suscitaba en la doctrina, la *Cour de Cassation* admitió tal posibilidad mediante la sentencia del 20 de febrero de 2008 que bien vale citar en extenso:

“Los hechos enjuiciados tenían como origen las detenciones realizadas a un individuo que portaba en todos los casos grandes sumas de dinero. Así, fue detenido en una ocasión al volante de un coche de gran cilindrada, que se encontraba a nombre de un amigo testaferro, con una gran suma de dinero en él. Este dinero procedía, según sus declaraciones, de salas de juego de las que había obtenido la mayor parte de sus ingresos. Algún tiempo después, fue detenido de nuevo al volante de otro automóvil. Portaba en él una gran suma de dinero que decía haber ganado en el juego. Tras una investigación se constató que este sujeto no había declarado ningún ingreso, y que ya había sido condenado por diversas infracciones fiscales. El Tracfin (Traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins), la Unidad de Inteligencia Financiera francesa, presentó varios informes según los cuales los beneficios obtenidos se habían gastado en seguros de vida, bonos anónimos y certificados de depósito negociables. El

individuo fue procesado por haber blanqueado el producto del fraude fiscal.⁸⁵

Esta sentencia no sólo se pronuncia sobre la posibilidad de que el delito fiscal sea considerado supuesto base del blanqueo, también señala que el artículo 324-1 del Código Penal no requiere que se haya condenado o que se haya iniciado una persecución penal por el delito tributario. En efecto, de acuerdo al artículo 228 del Código de Procedimientos fiscales francés, para iniciar un procedimiento por delito fiscal resulta necesario la denuncia de la administración tributaria con el dictamen favorable de la Comisión de infracciones fiscales.⁸⁶ Lo que hizo en este caso el Tribunal de Casación fue establecer el carácter autónomo y general del delito, al señalar que el artículo 324 no requiere para su persecución que se hayan iniciado persecuciones ni condenas por el delito tributario, sino que solo es suficiente que se establezcan los elementos constitutivos del delito previo.⁸⁷

Otro aspecto relevante en el derecho penal francés es que la *Cour de Cassation*, luego de la sentencia del 20 de febrero de 2008 admitió un aspecto aceptado por el Código Penal español y rechazado por el StGB alemán, a saber, la sanción al autoblanqueo conforme al párrafo primero del artículo 324-1. Con

⁸⁵ Citado por BLANCO, I. 2011. *Op. Cit.* 7 – 8pp.

⁸⁶ Estrechamente vinculado a esta idea se encuentran el Código Tributario chileno. El artículo 162 establece en su inciso primero: “**Art. 162.** Las investigaciones de hechos constitutivos de delitos tributarios sancionados con pena privativa de libertad sólo podrán ser iniciadas por denuncia o querrela del Servicio. Con todo, la querrela podrá también ser presentada por el Consejo de Defensa del Estado, a requerimiento del Director.”

⁸⁷ por BLANCO, I. 2011. *Op. Cit.*, 9p.

anterioridad, el Tribunal Supremo francés sólo había aceptado la sanción a esta modalidad típica conforme al párrafo segundo del artículo 324-1.⁸⁸

d) Italia

En este país el delito de blanqueo de capitales se encuentra contenido en el capítulo II “crímenes contra el patrimonio mediante fraude”⁸⁹ del título XIII “Crímenes contra el patrimonio”, artículo 648 bis. Esta disposición señala:

“Artículo 648 bis: Aparte de los casos de complicidad en crímenes, quien sustituya o transfiera dinero, bienes u otros beneficios derivados de actos delictivos intencionales, o lleva a cabo otras operaciones con ellos, de manera que obstaculice la identificación de su origen criminal, será castigado con pena de prisión cuatro a doce años y multa de 2 millones a 30 millones de libras.”

Como se puede apreciar, la regulación italiana carece de una lista taxativa de delitos antecedentes al blanqueo de capitales, de modo que a partir de la interpretación de esta norma una parte de la doctrina sostenía que todos los delitos dolosos poseen tal aptitud, donde se incluía el fraude fiscal.⁹⁰ Este aspecto

⁸⁸ *Ibíd.*, 8p.

⁸⁹ Traducción propia.

⁹⁰ BLANCO, I. 2011. *Op. Cit.* 14p.

de la normativa surgió a partir de la reforma producida por el artículo 4 de la ley 09/08/1993 N°328.

Otro sector de la dogmática, no obstante, discutía la posibilidad de que el delito fiscal pudiese ser subyacente al lavado de activos. Señala que se excluyen del blanqueo de capitales los delitos que no determinan un incremento, sino más bien un empobrecimiento del patrimonio del autor, limitándose a impedir la pérdida de un bien legítimamente poseído,⁹¹ tal como sucedería con los delitos tributarios.

Fue la jurisprudencia, sin embargo, quien puso término a esta discusión al señalar la “*Sezione vi Penale*” de la “*Suprema Corte di Cassazione*” en la sentencia de 26 de noviembre de 2009, N° 45643, establece lo siguiente:

“(...) el delito de lavado de dinero en el art. 648 bis CP, como se reformuló por L. 09 de agosto 1993, n. 328, art. 4, que luego reescribió la conducta en conformidad con la Convención del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, así como la Directiva n. 166 de fecha 06/10/1991 del Consejo de Ministros de la Unión Europea, con la que se instó a los Estados miembros para prevenir el blanqueo del producto del delito, ahora liberado de la

⁹¹ *Ibíd.*, 13p.

*indicación exhaustiva previa de los delitos, lo que podría constituir un supuesto de partida, extendido actualmente en todos los delitos intencionales, en virtud del Código Penal - a los que el delito de lavado de dinero se puede suponer que el delito principal no sólo crímenes orientados funcionalmente a la creación de delitos capitales, como la corrupción, el soborno, delitos societarios, delitos de quiebra, pero también crímenes, que de acuerdo a la visión más rigurosa y tradicionalmente recibo del fenómeno, no eran extraños, como los delitos fiscales y cualquier otro.*⁹²

Posteriormente, por medio de la ley 186/2014, el Parlamento italiano aprobó agregar al párrafo primer del artículo 648 ter la sanción al autoblanqueo de

⁹² “Quanto alla censura di cui al primo motivo va detto che il delitto di riciclaggio di cui all'art. 648 bis c.p., come riformulato dalla L. 9 agosto 1993, n. 328, art. 4, che ha provveduto a riscriverne la condotta in conformità della Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, nonché della Direttiva n. 166 in data 10/6/1991 del Consiglio dei Ministri della Comunità Europea, con cui gli stati membri venivano invitati ad evitare il riciclaggio dei proventi di reato, è oggi svincolato dalla pregressa tassativa indicazione dei reati, che potevano costituirne il presupposto, esteso attualmente a tutti i delitti non colposi, previsti dal codice penale - per cui il delitto di riciclaggio può presupporre come reato principale non solo delitti funzionalmente orientati alla creazione di capitali illeciti, quali la corruzione, la concussione, i reati societari, i reati fallimentari, ma anche delitti, che secondo la visione più rigorosa e tradizionalmente ricevuta del fenomeno, vi erano estranei, come ad esempio i delitti fiscali e qualsiasi altro - e consiste in qualsiasi condotta tendente a ripulire il c.d. danaro sporco, facendo perdere le tracce della sua provenienza delittuosa, nelle diverse forme della sostituzione o del trasferimento del danaro, dei beni o di altre utilità di provenienza illecita ovvero del compimento di altre operazioni in modo da dissimularne l'origine illecita e da ostacolare l'identificazione della provenienza illecita.” Suprema Corte di Cassazione, Sezione VI Penale, sentenza de 26 de noviembre de 2009 N° 45643. [en línea] <<http://www.altalex.com/documents/massimario/2010/01/05/riciclaggio-associazione-di-stampomafioso-ammissibilita-sussistenza>> [consulta: 17 agosto 2015]. Traducción propia.

capitales llamado “El uso de dinero, bienes o activos de origen ilícito” (*“Impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita”*). Tal artículo sostiene ahora:

“Artículo 648 ter.1: *El que, aparte de los casos de complicidad en crímenes y los casos previstos por los artículos 648 y 648 bis, utiliza en las actividades económicas o financieras dinero, mercancías u otros bienes resultantes del delito, será sancionado con prisión de cuatro a doce años y un multa de 1.032 euros a 15.493.”*

La nueva normativa – que incluye la sanción al autoblanqueo - comenzó a regir el 1 de enero de 2015. La pregunta que ha surgido en la doctrina es si tal delito puede ser aplicado como supuesto subyacente al fraude fiscal. Algunos han analizado la posibilidad de infringir el ne bis in idem al sancionar dos veces la misma conducta, pero no se ha llegado a conclusiones definitivas.⁹³

e) Bélgica:

El artículo 505 del Código Penal belga regula el delito de lavado de activos. En su número 4 regula la inclusión del fraude tributario producida por la ley 2007-05-

⁹³ AURILIA, E. *La nostra analisi sulla proposta di legge sul rientro di capitali (legge 186/2014) che introduce il reato di autoriciclaggio*. *Cammino Diritto* en internet. 29 de enero, 2015. <<http://www.camminodiritto.it/articolosingolo.asp?indexpage=117>> [consulta: 17 agosto 2015] y en LONGONI, M. *Giustizia: l'evasione fiscale sanzionata come riciclaggio*. *Il Manifesto* en internet 12 de marzo de 2015. <<http://www.ristretti.org/Le-Notizie-di-Ristretti/giustizia-levasione-fiscale-sanzionata-come-riciclaggio>> [consulta: 17 agosto 2015].

10/63, art. 2, en vigor desde el 1 de septiembre de 2007.⁹⁴ En una larga disposición, la norma del código penal señala:

“Art. 505. *Será penado con prisión de quince días a cinco años y multa de veintiséis [euros] cien mil [euros] o una de estas penas:*

1. Los que han albergado, en su totalidad o en parte, las cosas se retiran, sustraídos u obtenidos por medio de un delito o falta;

2. Los que compraron, recibió a cambio o gratuito, propiedad, o tenencia cosas gestionados se refiere el artículo 42, 3 ° cuando sabía o debería haber conocer el origen de estas cosas al principio de estas operaciones)

3. Los que han convertido o transferido nada se refiere el artículo 42, 3, en el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito o de ayudar a cualquier persona que está involucrado en la infracción de la que estas cosas, a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones;

4. Aquellos que han ocultado o disfrazado la naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de las cosas mencionadas en el artículo 42, 3 °, por lo que sabía o tenía

⁹⁴ Código de Bélgica. 1867. [en línea] <http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=262695> [consulta: 25 septiembre 2015].

que saber del origen de estas cosas en el inicio de estas operaciones.

(...)

Excepto en relación con el autor, coautor o cómplice del delito del que los elementos contemplados en el artículo 42, 3 de las infracciones contempladas en el apartado 1, 2 y 4, se refieren exclusivamente a efectos fiscales, a los actos cometidos en el contexto de fraude fiscal grave y organizado que emplea mecanismos o procedimientos complejos de dimensión internacional.”

Las organizaciones y las personas mencionadas en los artículos 2, 2 bis y 2 ter de la Ley de 11 Enero de 1993 sobre prevención de la utilización del sistema financiero para el propósito de lavado de dinero y la financiación del terrorismo, se puede hacer uso el párrafo anterior en la medida en que, respecto de los hechos a que se refiere, han cumplido la obligación en virtud del artículo 14 quinquies de la Ley de 11 de enero de 1993, que regula los procedimientos para la comunicación de información a la Unidad de Procesamiento de información financiera.⁹⁵

⁹⁵ “Art. 505. Seront punis d'un emprisonnement de quinze jours à cinq ans et d'une amende de vingt-six [euros] à cent mille [euros] ou d'une de ces peines seulement:

Para comprender esta extenso tipo penal, es necesario hacer algunas precisiones respecto a la distinción entre distintos tipos de fraude fiscal y a la exclusión de ciertos sujetos de la sanción.

En primer lugar, esta ley acepta la inclusión del delito fiscal como delito antecedente del blanqueo de capitales. No obstante, realiza una distinción entre delitos fiscales ordinarios (*'fraude fiscale ordinaire'*) y delitos fiscales "serios, graves y organizados". A priori, puede sostenerse que, sólo estos últimos pueden ser considerados como delitos precedentes del tipo penal del art. 505.⁹⁶ Los primeros, en cambio, previo cumplimiento de ciertos requisitos, no se podrán perseguir penalmente.

En segundo lugar, la ley introduce inmunidad en la persecución penal en ciertos casos y mediante el cumplimiento de requisitos específicos. Dichos

4° ceux qui auront dissimulé ou déguisé la nature, l'origine, l'emplacement, la disposition, le mouvement ou la propriété des choses visées à l'article 42, 3°, alors qu'ils connaissaient ou devaient connaître l'origine de ces choses au début de ces opérations.

Les infractions visées à l'alinéa 1er, 3° et 4°, existent même si leur auteur est également auteur, coauteur ou complice de l'infraction d'où proviennent les choses visées à l'article 42, 3°. Les infractions visées à l'alinéa 1er, 1° et 2°. existent même si leur auteur est également auteur, coauteur ou complice de l'infraction d'où proviennent les choses visées à l'article 42, 3°, lorsque cette infraction a été commise à l'étranger et ne peut pas être poursuivie en Belgique. Ibid.

Sauf à l'égard de l'auteur, du coauteur ou du complice de l'infraction d'où proviennent les choses visées à l'article 42, 3°, les infractions visées à l'alinéa 1er, 2° et 4°, ont trait exclusivement, en matière fiscale, à des faits commis dans le cadre de la fraude fiscale grave et organisée qui met en oeuvre des mécanismes complexes ou qui use de procédés à dimension internationale.

Les organismes et les personnes visés aux articles 2, 2bis et 2ter de la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, peuvent se prévaloir de l'alinéa précédent dans la mesure où, à l'égard des faits y visés, ils se sont conformés à l'obligation prévue à l'article 14quinquies de la loi du 11 janvier 1993 qui règle les modalités de la communication d'informations à la Cellule de traitement des Informations financières.". Ibid. La traducción es propia.

⁹⁶ DURRIEU, R. 2013. *Op. Cit.* Nota 18.

requisitos se relacionan tanto con la conducta típica como con exigencias típicas adicionales al sujeto activo del blanqueo de capitales.

Como ya se había mencionado, solo el fraude fiscal ordinario era excluido de la persecución penal, pero dicha inmunidad solo se producirá en los casos en que la conducta típica sea la del párrafo 1, 2 ó 4 del tipo penal en cuestión. De este modo, en caso de que el fraude fiscal se refiera al párrafo 3 o a al fraude fiscal grave, se sancionará el blanqueo de capitales.

Ahora bien, gozarán de dicha inmunidad ya mencionada quienes (i) hayan cumplido con la obligación de comunicación de información en virtud del artículo 14 quinquies de la Ley de 11 de enero de 1993,⁹⁷ y (ii) siendo el autor del blanqueo de capitales, no sean autor, coautor o cómplice del delito fiscal del que provienen los bienes que blanquean.⁹⁸

En consecuencia, si bien el Código Penal belga otorga la posibilidad de excluir de la persecución penal uno de los casos en lo que se manifiesta el delito fiscal como supuesto antecedente, tal inmunidad posee exigencias para excluir su persecución penal. Se aprecia una intención del legislador por perseguir dichos delitos.

⁹⁷ Ley de prevención de blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo del 11 de enero de 1993.

⁹⁸ BLANCO, I. 2011. *Op. Cit.* 10p.

Adicionalmente, dichas exigencias parecen ser sumamente estrictas, por cuanto distingue entre hipótesis delictivas, sujetos activos y obligaciones jurídicas para conseguir dicha exclusión de responsabilidad, aspecto que devela una motivación intensificada del legislador por perseguir mayoritariamente el delito de blanqueo con el fraude fiscal como delito base.

f) Argentina

Al igual que la legislación chilena y la mayoría de los casos en el derecho comparado, el código penal argentino comenzó con una regulación del delito de blanqueo de capitales ligado únicamente al delito de tráfico de drogas a través de la Ley de Estupeficientes N°23.737.⁹⁹

Con posterioridad, siguiendo la tendencia internacional en la materia, se reforma de manera importante la regulación del lavado de activos al dictarse la Ley de Lavado de Activos de Origen Delictivo N° 25.246 del 10 de mayo del año

⁹⁹ En su artículo 25 sostenía: “Será reprimido con prisión de dos a diez años y multa de dos millones doscientas cincuenta mil a dos millones quinientos mil australes, el que sin haber tomado parte ni cooperado en la ejecución de los hechos previstos en esta ley, interviniere en la inversión, venta, pignoración, transferencia o cesión de las ganancias, cosas o bienes provenientes de aquéllos, o del beneficio económico obtenido del delito siempre que hubiese conocido ese origen o lo hubiera sospechado.

Con la misma pena será reprimido el que compraré, guardare, ocultare o receptare dichas ganancias, cosas, bienes o beneficios conociendo su origen o habiéndolo sospechado.

A los fines de la aplicación de este artículo no importará que el hecho originante de las ganancias, cosas, bienes o beneficios se haya producido en el territorio extranjero. El tribunal dispondrá las medidas procesales para asegurar las ganancias o bienes presumiblemente derivados de los hechos descriptos en la presente ley. Durante el proceso el interesado podrá probar su legítimo origen en cuyo caso el tribunal ordenará la devolución de los bienes en el estado en que se encontraban al momento del aseguramiento o en su defecto ordenará su indemnización. En caso contrario el tribunal dispondrá de las ganancias o bienes en la forma proscripta en el artículo 39”

2000. En su artículo 29, esta regulación (que introducía la regulación en el artículo 278 del Código Penal junto a la receptación) modificaba lo establecido a través del artículo 25 de la Ley de Estupefacientes, al extender a todos los delitos del Código Penal y leyes complementarias la categoría de delitos bases. Así, el artículo 278.1° del Código Penal argentino sostenía:

“artículo 278.1° a) Será reprimido con prisión de dos a diez años y multa de dos a diez veces del monto de la operación el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare o aplicare de cualquier otro modo dinero u otra clase de bienes provenientes de un delito en el que no hubiera participado, con la consecuencia posible de que los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito y siempre que su valor supere la suma de cincuenta mil pesos, sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí (...)”

Tal referencia genérica a “delitos” implica, en consecuencia, el lavado de activos no queda limitado a un número cerrado o a una categoría específica de eventos previos.¹⁰⁰ Este aspecto – en el que la redacción no hace distinción

¹⁰⁰ De acuerdo a una parte de la doctrina argentina, dicho aspecto se debe fundamentalmente a que “las conductas blanqueadoras afectan al correcto funcionamiento de la administración de justicia, cuya intervención abarca toda clase de delitos y no a un número cerrado, por especiales o graves que estos sean”. En ORSI, O. A. 2007. Lavado de Dinero de Origen Delictivo. Buenos Aires, Editorial Hammurabi s.r.l. 617p.

alguna - es el que permite sostener a una parte importante de la doctrina de este país que el delito fiscal es susceptible de ser considerado supuesto base del blanqueo de capitales.¹⁰¹

Finalmente, por medio de la ley N° 26.683 se modificó el tipo penal del artículo 278, dando paso a la siguiente redacción:

“Artículo 303. *1) Será reprimido con prisión de tres (3) a diez (10) años y multa de dos (2) a diez (10) veces del monto de la operación, el que 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 pesos*

¹⁰¹ Así, Francisco J. D’Albora (h.) sostiene: “(...) la posibilidad de que el dinero negro haya sido obtenido en actividades lícitas no incide, a nuestro modo de ver, en el rechazo del planteo. En efecto, en ese caso, asumiendo por vía de hipótesis que el total de la ganancia lícita se distorsione dolosamente adecuando la conducta del agente al tipo de cualquiera de los delitos tributarios, se presentará la siguiente situación: la diferencia entre el total del monto imponible y lo efectivamente tributado adquirirá el carácter de objeto de la acción u objeto material del delito tributario

A partir de entonces, permanecerá en poder del sujeto activo como consecuencia de la comisión de un delito y cumplirá, a cabalidad, las exigencias típicas del artículo 278, Código Penal.” En D’Albora (h), F. J. Lavado de dinero y delito tributario. NDP, 2001-A, Buenos Aires, Argentina. 10p. También Roberto DURRIEU sostiene: “Antes de la sanción de la ley 26.683, el delito precedente o hecho previo al delito de lavado de dinero comprendía a “cualquier delito penal”, siempre y cuando el valor monetario de los activos sea superior a los AR\$ 50.000 (art. 278, inciso 1.a del Código Penal). A partir de Junio de 2011, es decir, con la última modificación de la ley 26.683, el tipo penal elevó el valor monetario del activo a AR\$ 300.000; manteniéndose la misma fórmula: el delito previo al de lavado de dinero puede incluir a “cualquier delito”; incluso, según mi opinión, a los delitos fiscales de la ley 24.769.” En DURRIEU, R. Op. Cit. Nota 16.

trescientos mil (\$ 300.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí (...).

4) Si el valor de los bienes no superare la suma indicada en el inciso 1, el autor será reprimido con la pena de prisión de seis (6) meses a tres (3) años.”

Dos aspectos son relevantes en la nueva normativa argentina:

El primero de ellos manifiesta una consideración especial del legislador respecto a la autonomía del blanqueo de capitales, al desligar sistemáticamente el delito de blanqueo de capitales del encubrimiento. Así, en primer lugar, se produce un cambio de ubicación del tipo penal de blanqueo de capitales desde el Capítulo XIII “El encubrimiento” – derogándose el artículo 278 - creándose el Título XIII (“Delitos contra el orden económico y financiero”) pasando a ubicarse este delito en el artículo 303 del mismo texto legal. En segundo lugar, se establece la posibilidad de sancionar el autolavado al suprimir la frase “provenientes de un delito en el que no hubiera participado” del artículo 278, al establecer solo “bienes provenientes de un ilícito penal”.¹⁰²

El segundo aspecto importante dice relación con la cuantía económica del delito base y su aptitud como supuesto subyacentes del lavado de activos. En

¹⁰² Así lo manifiesta DURRIEU: “(...) a la luz del tipo penal previsto en el artículo 303 (1) del Código Penal Argentino, una persona podrá ser sometida a proceso criminal y condenada, tanto por la comisión del delito previo (ejemplo: delitos fiscales de la ley 24.769), como por su posterior y autónomo blanqueo de capitales.” DURRIEU, R. Op. Cit. 1p.

efecto, en un principio la Ley de Lavado de Activos de Origen Delictivo N° 25.246 establecía que el monto mínimo que debía alcanzar tal delito era el de AR\$50.000. Luego de la de la ley 26.683 el tipo penal elevó el valor monetario del activo a AR\$ 300.000. Si no alcanza tal entidad, de acuerdo al N°4 del tipo penal el sujeto será sancionado con una pena inferior (prisión de 6 meses a 3 años).

g) Perú

La legislación peruana manifiesta una evolución bastante similar al resto del derecho comparado en materia de delitos subyacentes. Así, un tipo penal que fue ideado inicialmente como un complemento a la lucha contra el tráfico de estupefacientes – bajo la influencia de la Convención de Viena de 1988 – fue expandiendo poco a poco sus hipótesis hasta – basado en una concepción autónoma del delito – la inclusión de una cláusula general en el que se acepta todo delito grave.¹⁰³

La primera regulación en la materia se introduce por medio del Decreto Legislativo 736 (Promulgado el 8 de noviembre de 1991), que adicionaba dos artículos a la Sección II del Capítulo III, del Título XII del Código Penal, sobre tráfico ilícito de drogas. Dichos artículos - 296 A y 296 B – tenían por función

¹⁰³ CARO, D. C. 2012. Sobre el tipo básico de lavado de activos. Lima, Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa N°2. 204 – 205p. [en línea] <[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/4429ED8AF68F414905257B9B007475BA/\\$FILE/anuario_dcc.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/4429ED8AF68F414905257B9B007475BA/$FILE/anuario_dcc.pdf)> [consulta: 2 septiembre 2015].

sancionar penalmente los actos de lavado de dinero provenientes del narcotráfico.¹⁰⁴ El Artículo 296 B, que establece la figura clásica de lavado de dinero, sostenía:

"Artículo 296.- B. *El que interviniera en el proceso de blanqueado o lavado de dinero proveniente del tráfico ilícito de drogas o del narcoterrorismo, ya sea convirtiéndolo en otros bienes, o transferiéndolo a otros países, bajo cualquier modalidad empleada por el sistema bancario o financiero o repatriándolo para su ingreso al circuito económico imperante en el país, de tal forma que ocultare su origen, su propiedad u otros valores potencialmente ilícitos, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de doce años, con ciento cuarenta a trescientos sesenta y cinco días de multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1), 2) y 4)."*

Se puede apreciar la referencia exclusiva al tráfico ilícito de drogas y el "narcoterrorismo" como supuestos subyacentes al blanqueo de capitales. Dicha regulación, no obstante, adolecía de impresiones y falencias en su redacción, aspecto que llevó a ser modificada por la Ley N° 25399 y la Ley N° 26223. Dichos

¹⁰⁴ PRADO, V. R. 2008. El delito de lavado de dinero en el Perú. [en línea] <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_63.pdf> [consulta: 2 septiembre 2015].

cambios, sin embargo, no afectaron las hipótesis subyacentes del lavado de activos.

Le legislación en materia de blanqueo de capitales fue modificada sustancialmente por medio de la ley N° 27.765 (publicada el de junio del año 2002), cuyo artículo 6.2 sostenía:

“Artículo 6.- Disposición Común. *El origen ilícito que conoce o puede presumir el agente del delito podrá inferirse de los indicios concurrentes en cada caso.*

El conocimiento del origen ilícito que debe conocer o presumir el agente de los delitos que contempla la presente ley, corresponde a conductas punibles en la legislación penal como el tráfico ilícito de drogas; delitos contra la administración pública; secuestro; proxenetismo; tráfico de menores; defraudación tributaria; delitos aduaneros u otros similares que generen ganancias ilegales, con excepción de los actos contemplados en el Artículo 194 del Código Penal.”

Esta disposición deroga el artículo 296 B del Código Penal, estableciendo una enumeración abierta de supuestos delictivos base. Producto de dicha expansión se incorpora la defraudación tributaria, modalidad del delito tributario, regulado en el artículo 1 de la Ley Penal Tributaria. Este delito se caracteriza por ser una

“maquinación destinada a desfigurar las operaciones económicas susceptibles de gravación tributaria, para burlar el tributo, a través del engaño a la Administración Tributaria del Sujeto Activo Tributario”, a diferencia de la infracción general constitutiva de delito tributario, cuyo carácter infraccional solo admite multas administrativas.¹⁰⁵

Finalmente, por medio del Decreto Legislativo N° 1106 (publicado el 19 abril 2012), se deroga el artículo antes mencionado en lo relativo a los delitos base, pasando a regir desde ese momento el artículo 10 de la nueva legislación. Dicha disposición, cuyo encabezado se llama “Autonomía del delito y prueba indiciaria”, señala lo siguiente en el párrafo segundo y tercero:

“El conocimiento del origen ilícito que tiene o que debía presumir el agente de los delitos que contempla el presente Decreto Legislativo, corresponde a actividades criminales como los delitos de minería ilegal, el tráfico ilícito de drogas, el terrorismo, los delitos contra la administración pública, el secuestro, el proxenetismo, la trata de personas, el tráfico ilícito de armas, tráfico ilícito de migrantes, los delitos tributarios, la extorsión, el robo, los delitos aduaneros o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales, con excepción de los actos

¹⁰⁵ GÁSLAC, LI. El delito de defraudación tributaria. Una revisión a la legislación vigente. [en línea] <<http://www.teleley.com/revistaperuana/9gaslac-68.pdf>.> [consulta: 2 septiembre 2015].

contemplados en el artículo 194º del Código Penal. El origen ilícito que conoce o debía presumir el agente del delito podrá inferirse de los indicios concurrentes en cada caso.

También podrá ser considerado autor del delito y por tanto sujeto de investigación y juzgamiento por lavado de activos, quien ejecutó o participó en las actividades criminales generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias.”

Esta modificación, en primer lugar, expande las hipótesis que explícitamente se mencionan en el listado como supuestos precedentes al incorporar la minería ilegal, el tráfico ilícito de armas y los delitos tributarios en general. En segundo lugar, incluye la infracción constitutiva de delito tributario (antes solo se mencionaba la defraudación tributaria) expandiendo los supuestos bajo los cuales las infracciones fiscales pueden constituir el objeto material del delito. Finalmente, en el párrafo tercero se acepta expresamente la posibilidad de sancionar el autolavado a todos los supuestos base del párrafo segundo.

De esta manera, la legislación peruana se adapta a la regulación que la mayoría y más relevantes legislaciones europeas contemplan en materia de blanqueo de capitales.

h) Brasil

La legislación brasileña, a través de la ley 9.613 - de 3 de marzo de 1998 – consagró en su derecho interno la regulación del blanqueo de capitales. El artículo 1 establecía una sanción para las siguientes conductas y delitos base:

“Artículo. 1: Ocultar o disfrazar la naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes, derechos o bienes derivados directa o indirectamente de los crímenes:

I - tráfico ilícito de sustancias estupefacientes o medicamentos similares;

II - el terrorismo;

III - de terrorismo y su financiación;

IV - el contrabando o el tráfico de armas, municiones o materiales utilizados para su producción;

V - la extorsión mediante secuestro;

V - en contra de los poderes públicos, incluido el requisito para sí o para otros, directa o indirectamente, de cualquier ventaja, como condición o precio para la realización u omisión de los actos administrativos;

VI - contra el sistema financiero nacional;

VII - practicada por la organización criminal.

*VIII - practicada por individuos contra una administración pública
extranjera*¹⁰⁶

El tipo penal establecido en esta ley, en consecuencia, establecía un catálogo cerrado de delitos. Dichos supuestos base se vinculaban con las finalidades político-criminales de los primeros instrumentos internacionales en la materia, a saber, el narcotráfico, el terrorismo, la corrupción y, en general, los delitos cometidos por el crimen organizado.

No obstante, como un modo de actualizar la legislación – y luego de un extenso debate parlamentario¹⁰⁷- se llevó a cabo una reforma legal a través de la ley 12.683 de 9 de julio de 2012, incorporando la más reciente evolución doctrinal y legal en la materia.¹⁰⁸ Las nuevas disposiciones establecieron un cambio importante en las disposiciones penales relativas al lavado de activos, pasando de un modelo restrictivo en materia de supuestos base, a uno de supuesto único pero de contenido amplio (infracción penal). Así, el artículo 2 dispone:

“artículo 2: *La Ley 9613 de 3 de marzo de 1998, sigue en vigor con los siguientes cambios:*

Art. 1 ocultar o disfrazar la naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes, derechos o

¹⁰⁶ La traducción es propia. [en línea] <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm> [consulta 7 septiembre 2015].

¹⁰⁷ DURRIEU, R. *Op. Cit.* Nota 19.

¹⁰⁸ REGIS, L. 2013. *Op. Cit.* 12p

bienes derivados directa o indirectamente de la infracción penal

(...).¹⁰⁹

Tal como se manifestó de manera precedente, con la reforma se produce la extinción de la lista exhaustiva de delitos determinantes, asumiendo ahora como predicado de lavado de dinero cualquier infracción penal.¹¹⁰ La doctrina ha manifestado que “infracción penal” es un elemento normativo del tipo cuyo contenido abarca tanto el crimen (sinónimo de delito) como la falta penal, especies de injusto penal.¹¹¹ Es por esta razón que se indicaba que el supuesto base es unitario pero de contenido amplio pues abarca todo tipo de infracción susceptible de sanción penal. En consecuencia, lo relevante no es la gravedad del delito precedente sino el origen delictivo del bien.¹¹²

La doctrina también ha aceptado en términos generales, debido a la diferencia bienes jurídicos entre el delito base y el delito antecedente, la posibilidad de sancionar ambos delitos conforme al concurso real.¹¹³ Esto quiere decir que al interior del derecho brasileño se acepta la sanción al autolavado de activos, como una manifestación de su carácter autónomo.

¹⁰⁹ La traducción es propia. [en línea] <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm> [consulta 7 septiembre 2015].

¹¹⁰ ALVES, J. 2014. Lavagem de dinheiro: surgimento, evolução, conceito e fases. Brasília. [en línea] <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj049159.pdf>> [consulta: 7 septiembre 2015].

¹¹¹ REGIS, L. 2013. *Op. Cit.* 15p.

¹¹² *Ibíd.*, 16p.

¹¹³ *Ibíd.*, 18p.

i) Conclusiones

Luego de la revisión de la normativa comparada, es posible extraer algunas ideas que pueden servir de referencia para el análisis de la ley 20.818 en Chile.

En primer lugar, todos los países citados contemplan una regulación en materia de lavado de activos que incorpora a los delitos tributarios como supuestos subyacentes. Este aspecto no resulta trivial, toda vez que los ordenamientos jurídicos revisados poseen una influencia legislativa directa para Chile.

La inclusión de los delitos tributarios como antecedentes al lavado de activos, no obstante, ha sido realizada sin matices. En efecto, pese a que el fraude fiscal admite diversas manifestaciones en el derecho comparado – al igual que en Chile – en ninguno de los países analizados se manifiesta una distinción entre los distintos tipos para aceptar su inclusión. Si bien alguno de ellos exige una cuantía mínima, dicha limitación solo define la naturaleza delictiva del fraude fiscal y no cuestiona la legitimidad del vínculo con el lavado de activos. De este modo, la distinción entre la declaración maliciosamente falsa y la obtención de beneficios fiscales sería una solución de carácter *sui generis* cuyo contenido resulta necesario evaluar.

En segundo lugar, el derecho comparado ha seguido una clara tendencia en la incorporación de supuestos antecedentes al blanqueo. Dicha tendencia evidencia

la evolución desde la lista de delitos base a catálogos abiertos (solo con excepción de Alemania). En efecto, se ha comenzado con disposiciones en materia de blanqueo vinculadas principalmente al combate al tráfico ilícito de estupefacientes, para luego incluir nuevas manifestaciones delictivas hasta incluso, extenderlo a todos los delitos. Este aspecto permite apreciar la desvinculación del fenómeno de blanqueo de capitales del delito que genera tal ganancia ilícita, consolidando el carácter autónomo del mismo.

Dicho carácter autónomo ha generado la posibilidad que los países extiendan no solo las hipótesis de delitos base, sino también extiendan la sanción al autoblanqueo, es decir, establecen la posibilidad de castigar al sujeto activo por la comisión del delito base y también hacerlo por el delito de lavado de activos. Tal independencia entre las sanciones, permitiría en consecuencia, el castigo en concurso real para ambos delitos. Esta postura es mayoritaria en el derecho comparado, pese a la excepción matizada que ofrece Alemania, que excluye al sujeto activo del delito base, siempre y cuando sea condenable. Tal excepción no es absoluta, ya que si se presenta una causal de exclusión de responsabilidad penal (como la prescripción), podrá perseguirse al sujeto activo del delito de blanqueo de capitales.¹¹⁴

También se ha manifestado una extensión en las conductas típicas sancionadas. Así, la mayor parte de los países analizados ha incluido el uso y la

¹¹⁴ MARTINEZ, D. 2011. *Op. Cit.* 65p.

posesión como supuestos contemplados por el tipo penal. Esta relación (delito base, autoblanqueo y conducta típica), no obstante, ha generado un intenso debate doctrinal en lo que a delito tributario y blanqueo de capitales se refiere. En efecto, algunos sectores han manifestado su desacuerdo con la inclusión de la cuota tributaria como objeto material, por cuanto el desvalor de la conducta típica (especialmente, la posesión) ya se encontraría contemplado en la sanción del supuesto base. Permitir el castigo al blanqueo – sostienen – infringiría el *ne bis in idem*. Tales críticas han generado soluciones vía jurisprudencial (España, Italia y Francia) o legislativa (Alemania, España y Argentina). En lo que respecta a la ley chilena, este trabajo sostendrá que tal preocupación si bien comprensible, surge de una errónea interpretación de las conductas típicas y de los modos de limitar su expansión. Una correcta interpretación de tales aspectos, en consecuencia, despejaría el camino para la inclusión de la cuota tributaria como objeto material.

Esta expansión ha sido notablemente influida por el desarrollo de los instrumentos internacionales en la materia. Como se expondrá en este trabajo, el devenir de ellos evidencia una tendencia en el derecho penal de desvincular el delito de lavado de activos de ciertos supuestos conceptuales que inicialmente se le otorgaron. Esta base normativa, se puede apreciar, ha generado las condiciones para que el derecho interno busque otorgarle cada vez más importancia al estudio de este delito aumentando las hipótesis de aplicación. Tal revisión, no obstante, será objeto del siguiente capítulo.

III. Instrumentos y organismos internacionales que establecen la sanción al blanqueo de capitales y su evolución

a) Recomendación R (80) 10 del Consejo de Ministros del Consejo de Europa

Esta iniciativa fue precursora en la lucha contra el blanqueo de capitales. Fue dictada el 27 de junio de 1980 e instaba a los Estado miembros del Consejo de Ministros de Europa (y, por tanto, de la Unión Europea) la adopción de medidas administrativas para evitar la transferencia y el encubrimiento de actividades criminales.¹¹⁵ En especial buscaba tutelar, por medio de acciones preventivas, la transparencia con el objeto de evitar el reciclaje de bienes provenientes de actividades delictivas.

Los orígenes de esta medida se encuentra en el surgimiento de la preocupación - durante los años 70 - al interior del Consejo de Europa de los graves problemas que significaban para los Estados miembros el fenómeno del lavado de dinero en la comisión de nuevos delitos. Aunque su primera

¹¹⁵ PRAMBS, C. 2005. *Op. Cit.* 22p. PRAMBS cita el preámbulo de la recomendación, la que sostiene que el delito de blanqueo de capitales “favorece la comisión de nuevos actos delictivos y extiende el fenómeno tanto en el plano nacional como en el internacional”. En PRAMBS, C. 2005. *Op. Cit.* 23p.

preocupación fueron los delitos violentos, posteriormente se expandió a todos los delitos.¹¹⁶

Dentro de los elementos que analiza este instrumento, importantes resultan las recomendaciones dirigidas a sus Estados miembros, relativas a la estrecha colaboración que debe existir entre el sistema bancario, autoridades judiciales y autoridades policiales. Adicionalmente se solicita a los Estados miembros el establecimiento de medidas de control de las identidades de los clientes que utilicen el sistema financiero, además de la facilitación del intercambio de información sobre la circulación de dinero sucio y la formación de empleados.¹¹⁷

b) Declaración de principios de Basilea

Este instrumento fue creado por el “Comité sobre Regulación y Supervisión Bancaria” formado por el “Grupo de los Diez” (G-10). Tiene por objeto crear recomendaciones éticas con el fin de evitar que la banca, en particular, y el sistema financiero, en general, sea utilizado por la delincuencia económica.¹¹⁸

Esta declaración surge el 12 de diciembre de 1986, al interior del Comité de Basilea, institución que reúne a los directores de los Bancos Centrales del Grupo de las diez naciones industrializadas más importantes del mundo. El Comité solicitó a los representantes del Banco Federal de Reserva de los Estados

¹¹⁶ BLANCO, I. 1997. El Delito de Blanqueo de Capitales. Pamplona, Editorial Aranzadi. 119p.

¹¹⁷ *Ibíd.*

¹¹⁸ PRAMBS, C. 2005. *Op. Cit.* 23p.

Unidos, la Corporación Federal de Seguros y Depósitos y el controlador de la Moneda, la redacción de un documento dirigido a todas las instituciones financieras que pudieran verse implicada en los delitos que se buscaba prevenir.¹¹⁹ El contenido de esta declaración poseía un carácter eminentemente ético a la vez que enunciaba una serie de recomendaciones tendientes a establecer procesos y controles con miras a detectar transacciones sospechosas y cooperar plenamente con las autoridades.¹²⁰ Todo lo anterior se realizó con la finalidad de impedir que las instituciones financieras fueran intermediarios involuntarios en transacciones de fondos de origen delictivo. La declaración, finalmente, se aprobó en diciembre de 1988 y dentro de los aspectos más importantes destacan las siguientes recomendaciones a los bancos:

- Identificación de la clientela, tanto respecto de personas naturales como jurídicas.
- Observancia de las leyes, es decir, tanto de las leyes y reglamentos que rigen la práctica bancaria, al momento de realizar cualquier operación financiera.
- Cooperación con las autoridades policiales y judiciales al momento de detectar operaciones sospechosas

¹¹⁹ PRAMBS, C. 2005. *Op. Cit.* 37p.

¹²⁰ *Ibíd.*

- Adhesión a la declaración, de tal modo que los postulados sean lo suficientemente difundidos entre sus empleados, se asegura la implementación de procedimientos de control interno y registros de operaciones¹²¹

c) Tratado de Viena de la Organización de las Naciones Unidas

Este resulta ser el primer instrumento internacional que obliga a las partes que lo suscriben a tipificar el blanqueo de capitales en su derecho interno. Su objeto fundamental era la prevención del tráfico ilícito de drogas, estupefacientes, psicotrópicos y precursores.¹²²

El instrumento nace de dos resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas: La Resolución 34/141 de 14 de diciembre de 1984 denominada “Campaña internacional contra el tráfico de drogas y la Resolución 39/142 de la misma fecha denominada “Declaración sobre lucha contra el narcotráfico y el uso indebido de drogas”. La encargada de la elaboración del proyecto fue la Comisión de estupefacientes y el Secretario General sería quien recibiría las opiniones y observaciones de los países miembros de la organización.

Luego del primer informe de la comisión y de un largo proceso de recopilación de observaciones y de debate en torno a las mismas,¹²³ fue aprobada la

¹²¹ *Ibíd.*

¹²² PRAMBS, C. 2005. *Op.Cit.* 23p.

¹²³ Los elementos más relevantes que fueron objeto de la discusión decían relación con la definición de blanqueo de capitales, la cláusula de reserva que podrían utilizar los países

convención el 20 de diciembre de 1988, entrando en vigor el 11 de noviembre de 1990.¹²⁴

La Convención de Viena consta de 2 partes: La primera parte, que comprende los artículos 1 a 19, establece el ámbito de regulación, cómo lo regula, quién lo debe hacer y para qué. La segunda parte versa sobre el funcionamiento y la puesta en vigencia de la convención. Al interior de esta, es el artículo 3 es el que más interesa a efectos de este estudio, pues establece las bases de lo que en Chile será el subsistema de control y persecución penal. A su vez, para los instrumentos internacionales posteriores y las regulaciones que hará el resto de los países que adoptaron la convención es tan relevante esta norma que bien vale citarla en extenso. Esta señala:

“Artículo 3: *Se tipificarán como delitos penales cuando se cometen intencionalmente:*

- la conversión o transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos de tráfico de drogas, o de un acto de participación en tal delito, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de

miembros, las conductas sancionadas por el blanqueo de capitales, el elemento subjetivo del delito, los delitos bases, la intervención delictiva y el límite a la sanción al interior del iter críminis. Para una revisión exhaustiva del proceso de discusión y acuerdo de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes, véase BLANCO, I. 1997. Op. Cit. 107-147pp.

¹²⁴ *Ibíd.*

ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones (Art. 3,1.b) i)),

- la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad real de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos de drogas o de un acto de participación en tal delito (Art.3,1.b) ii),

- la adquisición, la posesión o la utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno de los delitos de tráfico de droga o de un acto de participación en tal delito (Art. 3,1.c)i)).”

El enfoque adoptado por la convención es de suma relevancia para la tipificación del blanqueo de capitales. En efecto, mediante la obligatoriedad de la sanción penal, el establecimiento de conductas de autoría y participación sancionables y la creación de cláusulas de reserva para ciertos elementos del tipo, no sólo aporta a la cooperación internacional para el combate del delito, sino también delimita el conjunto de conductas relevantes a efectos de la sanción.

Pese a su importancia histórica, y producto de los motivos que dieron origen a la Convención de Viena - lucha contra el narcotráfico - sólo contemplaba dicho

delito como supuesto base del blanqueo de capitales, motivo por el cual fueron los siguientes instrumentos internacionales y las regulaciones internas de los Estados las que propiciaron la expansión del tipo penal en comento.

d) Recomendaciones del GAFI

El Grupo de Acción Financiera internacional (o FATF, por sus siglas en inglés) es probablemente el mecanismo supranacional más importante en el combate del blanqueo de capitales. Fue creado en 1989 con motivo de la cumbre del G-7 celebrada en París. Participaron en su constitución no sólo los jefes de Estado y de Gobierno de los 7 países más industrializados del mundo, sino también otros ocho Estados y la Comisión Europea.¹²⁵ Lo componen actualmente 36 países y dos organizaciones internacionales. Posee atribuciones para diseñar políticas y dictar normas internacionales. Actúa en constante coordinación con la ONU, OEA, FMI y BID.¹²⁶

Su finalidad es promover, desarrollar y coordinar políticas orientadas a luchar contra el blanqueo de capitales, tanto en el plano nacional como en el internacional.¹²⁷ En 1990 elaboró 40 recomendaciones por medio de un informe basado en lo establecido en la convención de Viena con el objeto de formar un sistema internacional contra el lavado de dinero. Sus recomendaciones estaban

¹²⁵ COMBATE AL LAVADO DE ACTIVOS DESDE EL SISTEMA JUDICIAL. 2014. *Op. Cit.* 19p.

¹²⁶ *Ibíd.*, 26p.

¹²⁷ *Ibíd.*

dirigidas al sistema de justicia penal, la aplicación de la ley, el sistema financiero y su regulación y la cooperación internacional. Establece principios de acción y concede flexibilidad a los países para aplicar estos principios de acuerdo a sus circunstancias y leyes particulares.¹²⁸

Si bien las directivas que elabora este organismo no poseen un carácter vinculante, su influencia es tal que los países miembros y no miembros contrajeron un compromiso político de combatir el lavado de activos por medio de la aplicación de estas recomendaciones en su normativa interna.

En lo que a este trabajo respecta, resultan importantes las recomendaciones primera a octava. Estas conforman lo que la doctrina llama subsistema de control y persecución penal del blanqueo de capitales, es decir, abarcan el conjunto de sanciones penales y administrativas en virtud de la infracción de las normas que regulan la actividad.¹²⁹ El contenido de dichas recomendaciones podría ser descrito de la siguiente manera:

Las recomendaciones primera y segunda tienen por objeto llevar a cabo una introducción al resto del instrumento internacional. Su contenido se encuentra referido al análisis de riesgos y a los enfoques que deben ser aplicados a por cada país conforme a los peligros particulares que pueda enfrentar. Conforme a

¹²⁸ PRAMBS, C. 2005. *Op. Cit.* 26p.

¹²⁹ Este, junto al *subsistema preventivo*, forman un sistema general de normas orientadas la regulación del delito de blanqueo de capitales.

los riesgos detectados en cada Estado, se busca incentivar la cooperación y coordinación institucional al anterior del mismo.

El conjunto de recomendaciones que envuelven de la tercera a la octava tienen como finalidad la sanción al blanqueo de capitales desde la tipificación penal a las sanciones “inteligentes” de tipo financiero contra personas concretas como otras entidades que incidan en el financiamiento del terrorismo.

Finalmente, cabe mencionar que este organismo no solo resulta importante por el conjunto de medidas que ha introducido en la regulación internacional del blanqueo de capitales, sino también por los grupos de acción financiera regionales y otras instituciones que colaboran con la organización. Entre estas destacan:

- Grupo de Acción Financiera del Caribe (GAFIC)
- Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (GAFISUD)
- Grupo de Unidades de Inteligencia Financiera (FIU's)
- Grupo de Asia Pacífico contra el Lavado de Activos (APG)
- Grupo contra el Lavado de Dinero de África Oriental y del Sur (ESAAMLG)
- Comité de expertos del Consejo de Europa sobre evaluación de medidas contra el lavado de dinero (Pc-R-Ev Comitee)
- Grupo Euroasiático (EAG)

- Grupo de Acción Financiera de Oriente Medio y África del Norte (GAFIMOAN)
- Grupo Intergubernamental de Acción contra el Blanqueo de Capitales en África Occidental (GIABA)

Todos estos organismos han hecho suyas las cuarenta recomendaciones y, a su vez, han elaborado directivas propias enfocadas en los aspectos relevantes de la realidad regional.

Con posterioridad, en los años 1996, 2001 y 2003 fueron revisadas estas recomendaciones y adaptadas a las nuevas circunstancias internacionales. Destacan especialmente las Ocho Recomendaciones Especiales sobre el Financiamiento del Terrorismo dictadas en diciembre del año 2001, luego de los ataques terroristas acaecidos en septiembre del año 2001 en Estados Unidos. A estas se añadió una novena recomendación en el año 2004. Finalmente, en el año 2012, el GAFI elaboró nuevas cuarenta recomendaciones, hoy vigentes, llamadas “Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación”, por medio de las cuales se busca instaurar un sistema integrado y actualizado de lucha contra el blanqueo de capitales.

A efectos de este capítulo, resultan relevantes las últimas 40 recomendaciones de esta institución, toda vez que manifiestan con toda claridad

la expansión a la gama más amplia de delitos determinantes¹³⁰ (en los términos utilizados en este trabajo, delitos base) entre los que destacan:

- participación en un grupo delictivo organizado y estafa
- terrorismo, incluyendo financiamiento del terrorismo;
- tráfico de seres humanos y tráfico ilícito de migrantes
- explotación sexual, incluyendo la explotación sexual de menores
- tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas
- tráfico ilegal de armas
- tráfico ilícito de mercancías robadas y otros bienes
- corrupción y soborno
- fraude
- falsificación de dinero
- falsificación y piratería de productos
- delitos ambientales
- homicidio, lesiones corporales graves

¹³⁰ GAFISUD, 2012. *Op. Cit.*

- secuestro, privación ilegítima de la libertad y toma de rehenes
- robo o hurto
- contrabando; (incluyendo los impuestos y cargos aduaneros
- delitos fiscales (relacionado a impuestos directos e impuestos indirectos);
- extorsión
- falsificación;
- piratería; y
- Uso indebido de información confidencial o privilegiada y manipulación del mercado¹³¹

Puede observarse que en su última versión, este instrumento internacional establece un amplio catálogo de delitos base, cuya contenido no encuentra limitaciones a priori. La versión paradigmática de esta evolución que exponen las últimas 40 recomendaciones del GAFI se manifiesta en la nota interpretativa número 3: “Los países deben aplicar el delito de lavado de activos a todos los delitos graves, con la finalidad de incluir la gama más amplia de delitos determinantes”.¹³² Adicionalmente, en el glosario general del instrumento, señala que entre las “Categorías establecidas de delitos” (delitos determinantes o “base”

¹³¹ *Ibíd.*, 119-120pp.

¹³² GAFISUD, 2012. *Op Cit.*

como se ha sostenido en este trabajo), se encuentran los “delitos fiscales (relacionado a impuestos directos e impuestos indirectos)”.¹³³

La tendencia, en consecuencia, es a la expansión de los supuestos delictivos precedentes al delito de lavado de activos.

e) Convenio europeo sobre blanqueo, seguimiento, embargo y confiscación del producto de los delitos. “Convenio de Estrasburgo”

Este convenio, también llamado “Convenio relativo al blanqueo, identificación, embargo y confiscación de los productos del delito”, fue abierta su firma el 8 de noviembre de 1990. Previamente había sido aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en septiembre de 1990.

¹³³ *Ibíd.*, 120p. Esta postura fue sostenida también, entre otros, por el Diputado Fuad Chahín, quien expresó: “[resulta] conveniente incorporar tales ilícitos al catálogo de delitos base o precedentes del delito de lavado de activos, dado que Chile ha adquirido diversos compromisos internacionales mediante la suscripción de tratados, convenciones e instrumentos internacionales, que imponen a nuestro país determinadas obligaciones en materia de lavado de dinero. Ejemplos de esos instrumentos internacionales son las Convenciones de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de drogas (Viena, 1988), contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Palermo, 2000), contra la Corrupción (Mérida, 2003), y las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional, que a su vez ha adoptado el Grupo de Acción Financiera para Sudamérica (GAFISUD), del cual nuestro país es parte desde su creación. Añadió que las 40 Recomendaciones han sido consideradas internacionalmente como los “estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y la proliferación”. Asimismo, se tuvo en cuenta que la Regla Número 3 del GAFI, junto a su nota interpretativa, dispone que los países deben considerar, como delitos determinantes del lavado de dinero, a todos los ilícitos graves que el GAFI contempla. Una de dichas categorías son los delitos fiscales”. En *Historia de la ley 20.818. Op. Cit.* 498p.

Importante resulta este convenio pues no obstante haber sido producto de un trabajo del Consejo de Europa, tuvo por objeto estar abierto a todos los países no-europeos, colaborando de esta forma en la elaboración de mecanismos de regulación del blanqueo de capitales en todos los países del mundo. Fue así como Canadá, Australia y Estados Unidos estuvieron presentes no solo en la firma, sino también en el comité restringido de expertos y en la redacción del proyecto.

El objeto de este convenio fue establecer medidas eficaces para combatir las infracciones graves y privar a la delincuencia internacional del uso y disfrute de lo obtenido en sus delitos.¹³⁴ Si bien presenta en su artículo 6 las mismas conductas típicas reguladas en el artículo 3 de la Convención de Viena,¹³⁵ una de sus mayores contribuciones reside en la expansión de las hipótesis de delitos base hacia todos los delitos graves.¹³⁶ Ni el convenio ni la doctrina especifican mayormente el significado del concepto delito grave, más allá de sostener que extiende los delitos a los que hace referencia el blanqueo de capitales en comparación a lo que intentaba regular la Convención de Viena (tráfico de drogas).¹³⁷ El convenio, en consecuencia adquirió una apertura semántica en el

¹³⁴ ASPECTOS DOGMÁTICOS, CRIMINOLÓGICOS Y PROCESALES DEL LAVADO DE ACTIVOS. 2005. Por Norma Bautista "et al". Santo Domingo, Proyecto "Justicia y Gobernabilidad", 47p.

¹³⁵ *Vid supra*.

¹³⁶ Preámbulo del Convenio. [en línea] <<http://intranet1.sbs.gob.pe/UIF/Leyes/Convenci%F3n%20de%20Estrasburgo.htm>> [consulta: 26 febrero 2016]

¹³⁷ Algunos sostienen que además de la criminalidad sobre drogas abarca otros delitos, pasando por aquellas que identifican el hecho previo con los delitos graves, la criminalidad internacional

supuesto base del tipo penal que develaba su propia finalidad,¹³⁸ centrando su atención en todas las manifestaciones delictivas que pudieran generar una rentabilidad económica,¹³⁹ sin especificar un ámbito delictivo especial a combatir. Esto manifiesta una preocupación internacional por combatir el blanqueo de capitales con independencia de la organización delictiva que hay detrás

Esta apertura es la que favorece la consideración de la regulación del lavado de activos como un cuerpo normativo autónomo, es decir, al propio delito de lavado como un delito autónomo.¹⁴⁰ Esto, por cuanto lo relevante sería el carácter ilícito de la ganancia obtenida y no la cualificación concreta del delito previo.

grave o los "hechos delictivos graves con los que se obtienen cuantiosas fortunas", hasta llegar a la postura conforme a la que el hecho antecedente puede ser integrado por todo tipo de delitos, matizada por algunos en el sentido de exigir que esos cualesquiera delitos "generen grandes beneficios económicos". En ABEL, M. A. 2001. Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español. Tesis Doctoral. Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela. 140p.

¹³⁸ El artículo 1 de la convención sólo hace una referencia al concepto "Delito base", sosteniendo que deberá entenderse "significa cualquier delito como resultado del cual se ha generado productos (...)".

¹³⁹ Abel Souto cita lo sostenido por el Comité restringido de expertos al tratar de definir los delitos a los que hacía referencia el convenio: "Entre las infracciones que se citaron expresamente se encontraban "el tráfico de drogas, delitos de terrorismo, delincuencia organizada, crímenes violentos, delitos que impliquen la explotación sexual de niños y jóvenes, extorsión, secuestro, delitos medioambientales, fraude económico, abuso de información privilegiada y otros delitos graves. También podrían ser incluidos en tal lista los delitos que generan enormes ganancias". Y finaliza: "Con todo, los expertos pensaron que el ámbito del Convenio debería ser lo más amplio posible. Para ello el Comité obligó a que el catálogo de hechos previos abarcara toda clase de delitos". En ABEL, M. A. 2001. *Op. Cit.* 142-143pp.

¹⁴⁰ *Ibid.*

En consecuencia, es posible sostener que el convenio significó un cambio de paradigma en la política criminal internacional ligada al blanqueo de capitales, reconociendo la autonomía del delito.¹⁴¹

Otra de las innovaciones de este convenio es el llamado principio de universalidad. La adopción de esta medida implica que resulte irrelevante el lugar de comisión del delito base. El convenio sostiene: “Será irrelevante que el delito base esté sometido o no a la jurisdicción criminal de la Parte” (Artículo 6, número 2, letra a).

Este convenio, además, establece una limitación facultativa al autoencubrimiento. Dispone el artículo 6, número 2, letra b del convenio: “podrá disponerse que los delitos a que se refiere aquel apartado no sean de aplicación a las personas que cometieron el delito base”. Esto quiere decir que los Estados parte podrán establecer una penalidad acumulativa sancionando al autor no sólo por el delito de lavado de activos, sino también por el delito base, si participó en él.¹⁴²

¹⁴¹ COMBATE AL LAVADO DE ACTIVOS DESDE EL SISTEMA JUDICIAL. 2014. Op. Cit. 22p.

¹⁴² Sobre esta materia la Convención de las Naciones Unidas del año 1988 guardó silencio. Disposiciones similares fueron establecidas en la Convención de Palermo y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. En ASPECTOS DOGMÁTICOS, CRIMINOLÓGICOS Y PROCESALES DEL LAVADO DE ACTIVOS. 2005. Op. Cit. 47p.

f) Directiva del Consejo de las Comunidades sobre prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales

La primera directiva (91/308/CEE) fue aprobada el 10 de junio de 1991 y tuvo su origen en la intención del gobierno de los Estados Unidos de extender a las entidades financieras extranjeras que operaban en su territorio, la obligatoriedad de reportar a las autoridades las transacciones en dólares por sumas mayores de US\$10.000.¹⁴³

El instrumento, siguiendo fundamentalmente las 40 recomendaciones del GAFI, tuvo por objeto generar una regulación que permitiera prevenir la utilización del sistema financiero en el blanqueo de bienes de origen delictivo, sobre todo por la relevancia que tiene la confianza del público en su funcionamiento.

Esta norma tiene un carácter eminentemente preventivo y busca que los Estados parte generen una normativa tendiente a la prohibición del blanqueo de capitales. Sin embargo, no especifica la naturaleza jurídica de la prohibición, generando la posibilidad de establecer medidas penales, civiles o administrativas.

No obstante lo anterior, impone la obligación de aprobar una legislación interna de carácter administrativo que contribuya a evitar, restringir o vigilar ciertas actividades susceptibles de ser utilizadas para lavar activos, tales como

¹⁴³ *Ibíd.*

el manejo, transferencia o depósitos de grandes cantidades en efectivo y el adecuado conocimiento del cliente.¹⁴⁴

Este es el gran aporte que introduce esta medida, pues si bien no posee grandes diferencias con los instrumentos de Viena y Estrasburgo en determinadas materias,¹⁴⁵ en otras como obligaciones de prevención, identificación de clientes para la apertura de cuentas corrientes o de ahorros, y conservar documentos de transacciones resulta totalmente innovadora.

Es acertado entender entonces que la evolución de los instrumentos internacionales, hasta el punto que se ha analizado, evidencia una búsqueda por regular dimensiones que poco a poco van presentando problemas. A su vez, existe una tendencia hacia la expansión de las medidas de prevención y un aumento de los supuestos de delitos base que fundamentan la sanción del blanqueo de capitales.

Con posterioridad, esta directiva fue reemplazada el año 2001 por una segunda directiva - 2001/97/CEE - con el objeto de ampliar el número de delitos base a los el blanqueo de capitales hacía referencia. En este sentido, la reforma apuntó por fórmula similar a lo que establecía el Convenio de Estrasburgo en torno a la consideración de los delitos graves y a todo aquel que tuviera la aptitud

¹⁴⁴ *Ibíd.* p. 48.

¹⁴⁵ Coincide en con la Convención de Viena en lo que conducta típica de lavado de activos se refiere, y con el Convenio de Estrasburgo respecto al principio de universalidad.

suficiente para generar beneficios económicos. También esta medida amplió el cuadro de los obligados a realizar actividades preventivas, extendiéndose desde instituciones de crédito y financieras, a los abogados y otras profesiones liberales.¹⁴⁶

Una tercera directiva fue dictada - 2005/60/CEE – la cual tuvo dos grandes objetivos: desarrollar el esquema de prevención y ampliar el catálogo de delitos base.¹⁴⁷

Finalmente esta directiva fue complementada por la cuarta directiva – 2006/70/CEE – la que tuvo por objeto emitir disposiciones relativas a la definición de personas del medio político, es decir, aquellas que se encuentran expuestas políticamente, y medidas de diligencia y control preventivos.

Cabe consignar que por la propia naturaleza de la Unión Europea, dicha comunidad no tiene competencia penal, razón por la cual coincide la doctrina que

¹⁴⁶ COMBATE AL LAVADO DE ACTIVOS DESDE EL SISTEMA JUDICIAL. 2014. Op. Cit. 25p.

¹⁴⁷ Respecto a esta materia, el artículo 3, números 4 y 5 señalan lo siguiente: 4) "actividad delictiva": cualquier tipo de participación delictiva en la comisión de un delito grave; 5) "delitos graves": como mínimo, los siguientes: a) los actos definidos en los artículos 1 a 4 de la Decisión marco 2002/475/JAI; b) cualquiera de los delitos contemplados en el artículo 3, apartado 1, letra a), de la Convención de las Naciones Unidas de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; c) las actividades de las organizaciones delictivas definidas en el artículo 1 de la Acción Común 98/733/JAI del Consejo, de 21 de diciembre de 1998, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea (5); d) el fraude según se define en el artículo 1, apartado 1, y el artículo 2 del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (6), al menos en los casos graves, e) la corrupción; f) todos los delitos que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración máxima superior a un año o, en los Estados en cuyo sistema jurídico exista un umbral mínimo para los delitos, todos los delitos que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración mínima superior a seis meses.

estas directivas sólo tienen por objeto manifestar una cooperación intergubernamental.¹⁴⁸

g) Reglamento Modelo Americano sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos graves

La Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) solicitó a la Comisión Interamericana Contra el Abuso de Drogas (CICAD) la convocatoria de expertos de los países miembros con el objeto de investigar la influencia del blanqueo de capitales en la región. De dicha investigación nació el Reglamento Modelo Americano sobre lavado en 1992, aprobada por la Asamblea General de la OEA el 23 de mayo del mismo año.

El surgimiento de este instrumento tiene como antecedentes el nacimiento de la CICAD - por medio del Programa Interamericano de Acción de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y aprobado por la asamblea general de la OEA en 1986 – y la Declaración y Programa de Ixtapa – adoptado por los representantes de alto nivel de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, el 20 de abril de 1990. El reglamento modelo y sus antecesores evidenciaban la preocupación por el desarrollo del blanqueo de capitales y las actividades criminales asociadas durante la década anterior.¹⁴⁹

¹⁴⁸ COMBATE AL LAVADO DE ACTIVOS DESDE EL SISTEMA JUDICIAL. 2014. Op. Cit. 26p.

¹⁴⁹ ORSI, O. A. 2007. *Op. Cit.* 158p.

Cabe mencionar, no obstante, que el Reglamento Modelo no es un Convenio Internacional vinculante, sino más bien es una regulación que intenta armonizar desde el consenso la realidad jurídica regional, pero de cuyo incumplimiento no puede derivarse un régimen de sanciones jurídicas.¹⁵⁰

Esta propuesta normativa adopta toda la evolución que el resto de los instrumentos internacionales tuvieron hasta la fecha. Dentro de los aspectos que abarca su plan de acción se encuentran los siguientes: tratamiento íntegro al lavado de activos (pues aborda aspectos penales, procesales y administrativos), consideración del blanqueo de capitales como un delito autónomo, alcance extraterritorial a su regulación, reglas eficaces en materia de incautación y decomiso de bienes, protección de terceros de buena fé y cooperación internacional y recomienda la creación de Unidades de Análisis Financiero y medidas para el levantamiento de secreto bancario.¹⁵¹

Dentro de este convenio puede destacarse la adhesión a la evolución de la normativa internacional en materia de lavado de activo. Regula, en este sentido, la extensión de la tipificación no sólo al tráfico de drogas, sino también a otros delitos graves (Artículo 1); la expansión a las conductas de administración y mera tenencia (Artículo 2); en los relativo al tipo subjetivo, se abarca la ignorancia intencional (Artículo 2) no supeditando dichas conductas a una

¹⁵⁰ COMBATE AL LAVADO DE ACTIVOS DESDE EL SISTEMA JUDICIAL. 2014. *Op. Cit.* 28p.

¹⁵¹ ASPECTOS DOGMÁTICOS, CRIMINOLÓGICOS Y PROCESALES DEL LAVADO DE ACTIVOS. 2005. *Op. Cit.* 61p.

intención final en el acto (como ocultar la naturaleza delictiva de los bienes); y profundiza el carácter autónomo del delito al eliminar la conducta de encubrimiento y ocultamiento del origen o naturaleza de los bienes, centrando la preocupación en la etapa de control y circulación del producto.

Este reglamento fue objeto de modificaciones en los años 1997 (en Santiago de Chile), 1998 (Buenos Aires y México D.F.), 2002 y 2005 (Washington D.C.). Las modificaciones posteriores profundizaron la regulación en torno al financiamiento del terrorismo, entidades financieras informales, el carácter autónomo del delito de lavado de activos y en medidas de investigación y comiso de bienes.

h) Convención Internacional de Palermo de las Naciones Unidas contra la delincuencia transnacional organizada.

Este instrumento fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas y abierta su firma entre el 12 y el 15 de diciembre del año 2000 en Palermo, Italia. Entró en vigor el 29 de septiembre del año 2003 y hasta el momento más de 176 países han firmado para convertirse en parte del tratado.

Se sostiene que este tratado constituye la evolución natural de la Convención de Viena de 1988 pues adopta íntegramente sus disposiciones, complementando y profundizando su regulación.

Busca sancionar una amplia gama de manifestaciones delictivas internacionales (artículo 6, número 2, letra b), entre las que se encuentran: participación en un grupo delictivo organizado (artículo 5), blanqueo (artículo 6), corrupción (artículo 8), obstrucción a la justicia (artículo 23) y delitos graves en general (artículo 2).¹⁵² No obstante, el artículo 6, número 2, letra a sostiene que “cada Estado Parte velará por aplicar el párrafo 1 del presente artículo a la gama más amplia posible de delitos determinantes”, abriendo la posibilidad a que cada jurisdicción dirija su regulación hacia los ámbitos que considere relevantes en materia de delitos base.

Un aspecto relevante e innovador de esta convención es la definición que hace la misma del concepto delito grave presente en el artículo 2. Sostiene este instrumento que por tal delito se debe entender “la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave”. Resulta importante por cuanto otorga una cierta neutralidad a la consideración del delito base, ampliando el ámbito de regulación del blanqueo de capitales.

Otro de los elementos relevantes de la convención es la sustitución – en la versión en español – del término “encubrimiento” por el “disimulación” (artículo 6), pues de acuerdo a una parte de la doctrina y sumado a lo que sostiene el

¹⁵² COMBATE AL LAVADO DE ACTIVOS DESDE EL SISTEMA JUDICIAL. 2014. *Op. Cit.* 31p.

artículo 6, número 2, letra e,¹⁵³ este cambio evidenciaría la intención de los redactores por limitar la impunidad del autoencubrimiento, al alejar el blanqueo del delito de encubrimiento.¹⁵⁴

Finalmente se incluyen disposiciones relativas a la sanción de la corrupción de un funcionario público mediante la promesa, el ofrecimiento o la concesión de un beneficio indebida, y la asociación, confabulación, el intento de cometerlos, ayuda, la incitación, la facilitación y el asesoramiento en aras de su comisión como conductas típicas del delito de lavado de activos.¹⁵⁵

i) Convención de Mérida.

Este instrumento internacional – cuyo nombre es “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción” – fue celebrado el 9 de diciembre del año 2003 en la ciudad Mérida, México y entró en vigor el 15 de diciembre de 2005.

La convención consta de 71 artículos, la mayor parte de ellos, bastante extensos y muchos, sobre todo los que tocan los aspectos relativos a la

¹⁵³ CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL, Artículo 6, número 2, letra e: “Si así lo requieren los principios fundamentales del derecho interno de un Estado Parte, podrá disponerse que los delitos tipificados en el párrafo 1 del presente artículo no se aplicarán a las personas que hayan cometido el delito determinante.”

¹⁵⁴ COMBATE AL LAVADO DE ACTIVOS DESDE EL SISTEMA JUDICIAL. 2014. *Op. Cit.* 31p. Como ya se sostuvo en este trabajo, la mayor amplitud del concepto “disimular” permitía la consolidación del blanqueo de capitales como delito autónomo, al alejarlo del delito de encubrimiento contemplado en otras legislaciones. En EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS COMO DELITO AUTÓNOMO. 2005. *Op. Cit.* 26p. *Vid supra.* Nota 26.

¹⁵⁵ ASPECTOS DOGMÁTICOS, CRIMINOLÓGICOS Y PROCESALES DEL LAVADO DE ACTIVOS. 2005. *Op. Cit.* 44p.

incautación y decomiso de bienes.¹⁵⁶Tanto en su estructura como en su contenido la Convención de Mérida se vio influenciada por la Convención de Viena del año 1988, por la Convención de Estrasburgo y la Convención de Palermo. Es por esta razón que este instrumento internacional resulta ser bastante completo, abordando de manera inevitable el delito de lavado de activos.

La inclusión normativa más relevante e innovadora está entre los artículos 51 y 59 de la Convención (Capítulo V) dedicado específicamente a la recuperación de activos derivados de los delitos tipificados en la misma. ORSI sostiene que esta convención es significativa porque demuestra el afianzamiento de una tendencia:

“El lavado de activos, circunscripto al principio a una especie de determinada de delito subyacente, avanza – lenta, pero seguramente – hacia la incorporación de un número creciente de delitos, conforme estos llamen la atención de la comunidad internacional”¹⁵⁷

¹⁵⁶ *Ibíd.*, 45p.

¹⁵⁷ ORSI, O. A. 2007. *Op. Cit.* 158p.

j) Convenio de Varsovia.

Este instrumento recibe el nombre de “Convenio del Consejo de Europa sobre blanqueo, investigación, embargo y comiso del producto de delitos y sobre la financiación del terrorismo” y fue adoptado el 16 de mayo del año 2005.

Esta iniciativa entró en vigor el 1 de mayo de 2008 y surgió a partir del intento del Consejo de Europa por aprobar un Protocolo adicional al Convenio de Estrasburgo, incorporando las experiencias recabadas a escala internacional sobre la materia y, sobre todo, incorporando al texto todo un cuerpo de disposiciones relativas a la financiación del terrorismo.¹⁵⁸

k) Conclusiones

Producto del fenómeno de la globalización, la eliminación de las fronteras políticas, territoriales, temporales y espaciales (en lo que a transacciones económicas se refiere); al desarrollo de las comunicaciones y al fortalecimiento legal de las economías de mercado en los últimos 30 años, el intercambio comercial ha consolidado su carácter transnacional. Esto ha generado como consecuencia tanto la intensificación del flujo internacional de mercancías como la circulación de activos desde distintos puntos del planeta.

¹⁵⁸ COMBATE AL LAVADO DE ACTIVOS DESDE EL SISTEMA JUDICIAL. 2014. *Op. Cit.* 23p.

Ahora bien, el problema surge cuando alguno de los componentes de este intercambio posee un origen delictivo, pues si bien ya en el ámbito nacional la receptación e, incluso, el artículo 17 del código penal – en el caso de Chile¹⁵⁹ - podían regular las consecuencias de dicho acto,¹⁶⁰ en el ámbito internacional, las posibilidades de combatirlo eran más complejas. Producto de las distintas fases del lavado de dinero¹⁶¹ - que permiten ocultar el origen de los bienes - y de la existencia de paraísos fiscales - que posibilitan el anonimato¹⁶² de los involucrados en tales hechos - las posibilidades de que las transacciones cuyas fuentes sean actividades delictivas aumentan. La economía internacional, de esta manera, resulta funcional a los objetivos de un fenómeno delictivo que traspasa las fronteras de cada país, razón por la cual surge la necesidad de parte de la comunidad internacional de celebrar convenciones y dictar normas con el objeto de incentivar la regulación de dichas conductas.

Este capítulo estuvo dedicado a la revisión de los mecanismos internacionales destinados al combate del blanqueo de capitales, pues el origen de la regulación se encuentra precisamente en el surgimiento de la conciencia de que las mayores

¹⁵⁹ LASTRA D. y ANDUEZA D. 2009. *Op. Cit.* 74p.

¹⁶⁰ PRAMBS sostiene que en estos casos no existen mayores problemas porque a su juicio es “una mera criminalidad individual y las cantidades de dinero o de bienes objeto de blanqueo no eran considerables como para producir repercusiones sociales importantes”. Es por esta razón que para este autor el delito de blanqueo de capitales busca combatir la *delincuencia organizada*. En PRAMBS, C. 2005. *Op. Cit.* 21p. Esta teoría no es compartida en este trabajo, por las razones que darán *infra*.

¹⁶¹ *i.e.* colocación, ensombrecimiento e integración de los bienes objeto de blanqueo

¹⁶² COMBATE AL LAVADO DE ACTIVOS DESDE EL SISTEMA JUDICIAL. 2014 Por Isidoro Blanco “*et al*”. 3ª Ed. Washington, D.C. Organización de Estados Americanos, 66p.

probabilidades de éxito se encontraban en la cooperación internacional. Tal como señala WINTER, el blanqueo de capitales representa dos fenómenos fundamentales del derecho penal actual: (i) la internacionalización del derecho penal en el contexto de la globalización y (ii) intenso protagonismo del llamado “*soft law*” o derecho creado por instancias internacionales legitimadas para la generación de normas jurídicas vinculantes.¹⁶³

El carácter internacional de su origen ha llevado a una parte de la doctrina en la materia a delimitar y limitar político-criminalmente el delito.¹⁶⁴ El vincularse inicialmente a la comunidad internacional, el delito de blanqueo de capitales tiene por objeto combatir la criminalidad organizada¹⁶⁵ como sinónimo de organizaciones complejamente estructuradas dedicadas

*“[habitualmente a] la producción y tráfico de drogas, el tráfico de armas, el tráfico de materiales nucleares, el robo de vehículos y su contrabando, el tráfico de personas, el tráfico de mujeres y niños, el tráfico de órganos y el blanqueo de capitales”.*¹⁶⁶

¹⁶³ Winter, J. La regulación internacional del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. En Kai Ambos, Dino Caro y Ezequiel Malarino, “Lavado de activos y compliance”. Jurista Editores, Lima, Perú. 2015, 98p.

¹⁶⁴ En BLANCO, I. 1997. *Op. Cit.* 39p. y ss. También en FERNÁNDEZ, J.A. 2009. Fraude Fiscal y Lavado de Capitales. Polít. crim. Vol. 4, No 7, [en línea] <http://www.politicacriminal.cl/Vol_04/n_07/Vol4N7A5.pdf> [Consulta: 20 de febrero de 2015].

¹⁶⁵ PRAMBS, C. 2005. *Op. Cit.* 21p. también en LASTRA D. y ANDUEZA D. 2009. *Op. Cit.* 12p y en COMBATE AL LAVADO DE ACTIVOS DESDE EL SISTEMA JUDICIAL. 2014 *Op. Cit.* 64p.

¹⁶⁶ BLANCO, I. 1997. *Op. Cit.* 39p.

Esta descripción da cuenta del delito de lavado de activos como un fenómeno delictivo ligado paradigmáticamente a la mafia. Es esta característica la que permite a BLANCO establecer una diferencia entre las organizaciones empresariales y las organizaciones criminales.¹⁶⁷ Con esto, intenta generar una cierta restricción conceptual del fenómeno de blanqueo de capitales.

En lo que a los delitos base se refiere, en virtud de las restricciones tratadas precedentemente, la doctrina ha descartado ciertas categorías de delitos por ser incompatibles con los supuestos que estructuran el blanqueo de capitales. Un ejemplo de esta tendencia la encontramos en lo sostenido por FERNANDEZ en su texto “Fraude Fiscal y Lavado de Capitales”. En él, se aboga por la exclusión del delito tributario como delito previo del lavado de activos – lo que podría sostenerse respecto a otros delitos que no concuerdan con los presupuestos de origen también - por cuanto la comisión de un delito tributario no posee las características político criminales para pertenecer a la categoría de los delitos base.¹⁶⁸

Si bien es posible conceder que en sus inicios el sentido de la regulación del blanqueo de capitales se encontraba íntimamente ligada al combate de la criminalidad organizada internacional, no es posible aceptar dicha conclusión al

¹⁶⁷ *Ibíd.* El problema de esta forma de comprender el fenómeno es prescinde de la posibilidad de que una y otra organización puedan confundirse.

¹⁶⁸ FERNÁNDEZ, J.A. 2009. *Op Cit.* Para una postura contraria que justifica la inclusión del delito tributario a pesar de contar con un fundamento criminológico en torno a la criminalidad organizada, véase: DURRIEU, R. El delito tributario y el lavado de activos. 2013. Buenos Aires, Diario La Ley, año LXXVII, N°87. 3p.

día de hoy. La evolución de las regulaciones internacionales en los últimos 25 años - como ya se pudo apreciar en la revisión realizada - ha evidenciado un cambio en el modo de comprensión del delito, desligándose de sus presupuestos empíricos y conceptuales originarios. Así, entre otras manifestaciones de este “cambio de paradigma” se encuentra, tanto en el derecho comparado como en las recomendaciones que emanan de la comunidad internacional, una tendencia hacia la expansión de los delitos base, la ampliación de las conductas típicas – al sancionar el uso, tenencia y posesión de los bienes procedentes de los delitos base - la incorporación de modalidades comisivas imprudentes, la expansión de los mecanismos de prevención,¹⁶⁹ entre otras. Todos estos aspectos permiten apreciar un alejamiento de la tipificación de sus primeros fundamentos ligados a la criminalidad organizada y la ausencia de restricciones a partir de ellos.

Parte de la doctrina ha asumido esta tendencia legislativa, dando cuenta de una cierta expansión del blanqueo de capitales. Al respecto resulta relevante lo que señala PEREZ-MANZANO:

“En la actualidad el delito de blanqueo de capitales no parece típicamente vinculado al tráfico de drogas, los delitos patrimoniales, o al terrorismo, ni tampoco a la existencia de una organización criminal que cometa los delitos que generan

¹⁶⁹ PONS, P. Comentarios al proyecto de ley de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo: nuevas obligaciones para entidades financieras y otros sujetos obligados. Barcelona, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 25-2010, 4p.

*grandes beneficios, ni, por último, a la existencia de grandes beneficios económicos, pues ninguno de estos elementos figuran como elementos de la tipicidad de este delito.*¹⁷⁰

De este modo, al desvincular el delito de los ilícitos base con los que nació, el lavado de activos ha tendido a extenderse - tanto en del derecho nacional como en el derecho comparado - hacia otras manifestaciones delictivas, desligadas del clásico delito de tráfico de drogas. Respecto a esto, WINTER señala que la vinculación inicial de ambos delitos se fundó en una decisión política e institucional para diversificar el combate al tráfico de drogas a través de la persecución de sus caudales económicos.¹⁷¹ El blanqueo de capitales, en este sentido, no posee presupuestos conceptuales o empíricos que lleven a limitar su ámbito de aplicación, pues más bien los delitos que le dieron origen solo necesitaban de un instrumento adicional para el combate contra dicha delincuencia, a saber, el control sobre los flujos de capitales que generaban.¹⁷²

En lo que respecta al objeto de esta investigación (i.e. delito tributario como delito base del blanqueo de capitales), el Informe sobre refugios financieros, secreto bancario y blanqueo de dinero enviado a la ONU en 1998 se abría a la

¹⁷⁰ PÉREZ MANZANO, M. 2007. *Op. Cit.* 171p.

¹⁷¹ Winter, J. 2015. *Op. Cit.* 102p.

¹⁷² El mismo autor señala que las diversas motivaciones de los Estados para introducir el delito en sus sistemas jurídicos reflejaba una configuración institucional distinta: Mientras EE.UU lo promovía para el control de las drogas, Francia lo hacía para el control de los paraísos fiscales en tanto que Inglaterra lo hacía para el combate del crimen organizado y la identificación de clientes. *Ibíd.*, 106p.

posibilidad de incluirlo como un modo de combatir el fenómeno de los “paraísos fiscales”:

“Un posible enfoque sería que los Estados Miembros convinieran en que todos los fondos dimanantes de actividades delictivas son fondos que pueden dar lugar a un delito de blanqueo de dinero. Con arreglo a este criterio, de estar tipificada la evasión fiscal como delito en el país de origen de los fondos y ser esa la razón por la que los fondos se ocultan, ocultar esos fondos y su transferencia a otro lugar serían delitos de blanqueo de dinero”.¹⁷³

A lo anterior, se suma lo expuesto en el capítulo dos de esta investigación, la inclusión cada vez más consolidada del fraude fiscal como hipótesis base en el derecho comparado. Este es el caso del Código Penal belga en su artículo 505, el artículo 648 bis del Codice Penale italiano,¹⁷⁴ El Código Penal alemán en el § 261 StGB, el artículo 301 del Código Penal español y otros instrumentos como la Convención de la ONU celebrada en Mérida en 2003, el Convenio de Varsovia en 2005 y las últimas 40 recomendaciones del GAFI en 2012.

¹⁷³ BLUM, Jack, LEVI, Michael, NAYLOR, Thomas y WILLIAMS, Phil. 1998. Refugios financieros, secreto bancario y blanqueo. Naciones Unidas. Oficina contra la Droga y el Delito. [en línea] Publicado como número doble 34 y 35 del Boletín de Prevención del Delito y Justicia Penal, núm. 8 de la Serie Técnica del PNUFID. <<https://www.imolin.org/imolin/finhaspa.html>> [consulta: 26 de abril de 2015]

¹⁷⁴ En especial la confirmación de la “Sezione vi Penale” de la “Suprema Corte di Cassazione” de Italia en la sentencia de 26 de noviembre de 2009, N° 45643.

Así, es posible apreciar en el devenir de los instrumentos y recomendaciones internacionales una tendencia hacia la expansión de los delitos bases (y otras manifestaciones típicas), especialmente, a la incorporación de los fraudes tributarios como supuestos base del delito de blanqueo de capitales. La versión paradigmática de esta evolución es la que exponen las últimas 40 recomendaciones del GAFI. En su versión del año 2012, como ya se expuso, señalan en el glosario general del instrumento que entre las “Categorías establecidas de delitos” (delitos base), se encuentran los “delitos fiscales (relacionado a impuestos directos e impuestos indirectos)”.¹⁷⁵

Por todo lo anterior, en consecuencia, es posible concluir que la ausencia de presupuestos normativos y empíricos en los instrumentos internacionales que permitan excluir el delito tributario como delito base del blanqueo de capitales.

¹⁷⁵ *Ibíd.*, 120p. Esta postura fue sostenida también, entre otros, por el Diputado Fuad Chahín, quien expresó: “[resulta] conveniente incorporar tales ilícitos al catálogo de delitos base o precedentes del delito de lavado de activos, dado que Chile ha adquirido diversos compromisos internacionales mediante la suscripción de tratados, convenciones e instrumentos internacionales, que imponen a nuestro país determinadas obligaciones en materia de lavado de dinero. Ejemplos de esos instrumentos internacionales son las Convenciones de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de drogas (Viena, 1988), contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Palermo, 2000), contra la Corrupción (Mérida, 2003), y las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional, que a su vez ha adoptado el Grupo de Acción Financiera para Sudamérica (GAFISUD), del cual nuestro país es parte desde su creación. Añadió que las 40 Recomendaciones han sido consideradas internacionalmente como los “estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y la proliferación”. Asimismo, se tuvo en cuenta que la Regla Número 3 del GAFI, junto a su nota interpretativa, dispone que los países deben considerar, como delitos determinantes del lavado de dinero, a todos los ilícitos graves que el GAFI contempla. Una de dichas categorías son los delitos fiscales”. En *Historia de la ley 20.818*. Op. Cit. 498p.

Todo lo contrario, el análisis de estos instrumentos regulatorios evidencia una tendencia a la expansión del ámbito de regulación del delito que se analiza.

Una vez aclarados los presupuestos normativos del delito, resulta necesario analizar la existencia de presupuestos conceptuales al interior del tipo penal de la ley chilena que excluyan la posibilidad de incorporar el fraude tributario, en todas sus manifestaciones, como hipótesis subyacente al blanqueo de capitales. Esto será revisado en el próximo capítulo.

IV. La conducta típica y otros aspectos relevantes del delito de lavado de activos en Chile.

El presente capítulo tiene por objeto llevar a cabo un análisis de los elementos objetivos del tipo penal del blanqueo de capitales en el artículo 27 de la ley 19.913. Será dicho aspecto el objeto de estudios debido a la directa vinculación que posee con las críticas de la doctrina nacional a la extensión de los delitos base hacia todas las hipótesis del artículo 97, número 4 del Código Tributario.

Para comenzar, se abordará la introducción del delito tributario como base en la ley 20.818, los factores que incidieron en su establecimiento y los que limitaron su extensión. Luego, se analizará el problema de la autonomía del blanqueo de capitales. Así, se intentará exponer que las restricciones impuestas a la expansión de los ilícitos base se centran, en primer lugar, en una concepción errada que prescinde de la independencia del delito. Esta interpretación, ajena a toda la evolución legislativa y jurisprudencial – chilena y comparada - supone limitaciones inmediatas al tipo penal que se analiza en este trabajo.

Concluirá este estudio con una revisión de la eventual incompatibilidad del delito de lavado de activos con el delito tributario por medio de una lectura que intentará sistematizar la llamada “fenomenología del lavado de activos” con las conductas típicas contempladas en el artículo 27 y el llamado autoblanqueo de capitales. Se sostendrá, conforme a esta lectura del delito, que dicha

incompatibilidad resulta ilusoria si se adopta la interpretación correcta – en términos sistemáticos - acerca de la conducta típica del delito en relación a los tres aspectos mencionados. De lo contrario – i.e. si no se busca compatibilizar la conducta típica con los supuestos de los incisos tercero, cuarto y quinto – el delito no sólo no podría aceptar la inclusión de nuevos supuestos base, sino que en general, resultaría una regulación con escasa coherencia sistemática general. De esta manera, una comprensión correcta del lavado de activos, permite una mejor comprensión del delito y despeja obstáculos a la inclusión de nuevas hipótesis base.

De esta manera, una vez realizado toda la revisión conceptual, se verá que las eventuales restricciones impuestas al fraude fiscal no poseen fundamento.

a) El delito tributario como delito base en la ley 20.818

La incorporación del artículo 97, número 4, inciso tercero del Código Tributario como delito base del blanqueo de capitales, constituye una de las mayores y más discutidas innovaciones de la ley 20.818. El proceso por el cual se introdujo en la reforma fue polémico no sólo por el momento en el que fue analizada su incorporación (en la última sesión de la comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados), sino también por ciertos motivos político-criminales y sistemáticos.

Esto tuvo como consecuencia una restrictiva incorporación de las hipótesis de delitos tributarios regulados en el artículo 97, número 4. Así, si bien la disposición que se analiza contempla cuatro delitos y una circunstancia agravante en los cinco incisos que la componen, sólo fue incorporada la norma del inciso tercero.

El inciso primero de esta norma señala:

“Artículo 97, N°4, inciso primero: *Las declaraciones maliciosamente incompletas o falsas que puedan inducir a la liquidación de un impuesto inferior al que corresponda o la omisión maliciosa en los libros de contabilidad de los asientos relativos a las mercaderías adquiridas, enajenadas o permutadas o a las demás operaciones gravadas, la adulteración de balances o inventarios o la presentación de éstos dolosamente falseados, el uso de boletas, notas de débito, notas de crédito o facturas ya utilizadas en operaciones anteriores, o el empleo de otros procedimientos dolosos encaminados a ocultar o desfigurar el verdadero monto de las operaciones realizadas o a burlar el impuesto, con multa del cincuenta por ciento al trescientos por ciento del valor del tributo eludido y con presidio menor en sus grado medio a máximo.”*

El inciso segundo, por su parte, dispone:

“Artículo 97, N°4, inciso segundo: *Los contribuyentes afectos al Impuesto a las Ventas y Servicios u otros impuestos sujetos a retención o recargo, que realicen maliciosamente cualquiera maniobra tendiente a aumentar el verdadero monto de los créditos o imputaciones que tengan derecho a hacer valer, en relación con las cantidades que deban pagar, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y con multas del cien por ciento al trescientos por ciento de lo defraudado.”*

La norma que fue incluida como hipótesis base del delito de blanqueo de capitales, por su parte, es la que sigue:

“Artículo 97, N°4, inciso tercero: *El que, simulando una operación tributaria o mediante cualquiera otra maniobra fraudulenta, obtuviere devoluciones de impuesto que no le correspondan, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio y con multa del cien por ciento al cuatrocientos por ciento de lo defraudado.”*

Finalmente, el inciso quinto señala:

“Artículo 97, N°4, inciso quinto: *El que maliciosamente confeccione, venda o facilite, a cualquier título, guías de despacho, facturas, notas de débito, notas de crédito o boletas, falsas, con o sin timbre del Servicio, con el objeto de cometer o posibilitar la comisión de los delitos descritos en este número, será sancionado con la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo y con una multa de hasta 40 unidades tributarias anuales.”*

Las razones que incidieron en la incorporación exclusiva de esta norma responden tanto a criterios de consenso político al momento de la tramitación de la ley en comisión mixta, como a consideraciones dogmáticas propiamente tales. En efecto, al momento de ser planteada como indicación parlamentaria la incorporación de los delitos tributarios al catálogo de delitos base, los cuestionamientos de la doctrina que rechazan su inclusión fueron expuestos inmediatamente. Así, ante la ausencia de consenso doctrinal, y ante la premura por la promulgación¹⁷⁶ de una ley que se encontraba dormida durante casi una década en el Congreso, se optó por una solución de compromiso.

¹⁷⁶ La obligación de reformar la ley de lavado de activos responde a un compromiso asumido por Chile al ingresar a la OCDE en el año 2006. Es por esta razón que la pronta promulgación de la ley resultaba imperativo.

El origen de la modificación se encuentra en la discusión en torno a la incidencia de los llamados “Paraísos Fiscales” en el delito de lavado de activos y las posibilidades de combatirlo por medio de la nueva regulación. En este contexto, el Director de la Unidad de Análisis Financiero (UAF), Javier Cruz, sostuvo que al no estar contemplado el delito tributario en el catálogo de delitos base, “la Unidad de Análisis Financiero no puede investigar los reportes de operaciones sospechosas derivadas de delitos tributarios.”¹⁷⁷A esta intervención se sumó la de Mauricio Fernández, Director de la Unidad Especializada en lavado de dinero, delitos económicos, medioambientales y crimen organizado del Ministerio Público, quien sostuvo que “el estándar internacional en esta materia apunta a incluir en los delitos base a los delitos tributarios”.¹⁷⁸Luego, se sumaron las palabras de los Diputados señores Chahín, Soto, Saffiro y Andrade,¹⁷⁹ y del Director del Servicio de Impuestos Internos Michel Jorratt y del Subdirector Jurídico de la institución, Cristian Vargas, quienes apoyaron la inclusión de los delitos tributarios entre las hipótesis del artículo 27.¹⁸⁰

¹⁷⁷ Historia de la Ley 20.818. *Op. Cit.* 461p.

¹⁷⁸ *Ibíd.*, 462p.

¹⁷⁹ Quienes, basándose en el proyecto de *reforma tributaria* que en ese momento se discutía en Congreso y de su finalidad antielusiva y evasiva, sostuvieron la necesidad de incorporar el delito tributario como delito base del delito lavado de activos. Así, el Diputado Andrade sostuvo: “(...) los principales temas que se discuten en el país son la reforma tributaria y la reforma en la educación. Destacó que uno de los pilares fundamentales de la primera dice relación con la lucha contra la elusión y evasión tributaria. En este sentido, recalcó que uno de los fundamentos de la eliminación del FUT se vincula a cerrar caminos para la elusión. Por ello, estimó difícil de entender que no se incluya a los delitos tributarios en la nómina de delitos base del delito de lavado de activos, cuando la impronta de la reforma tributaria impulsada por el Gobierno apunta precisamente a combatir esa y otras conductas. Lo razonable es que dicha impronta también se refleje en esta iniciativa.” *Ibíd.*, 465-466pp.

¹⁸⁰ *Ibíd.*, 463-468pp.

Luego de tales opiniones, los Diputados que conformaban la comisión decidieron que sería la discusión en Sala la que determinaría el paso al proyecto de ley a Comisión Mixta para la incorporación del delito tributario como una hipótesis del artículo 27. Ya en sala, al no cumplirse el quórum para la aprobación de los delitos base, la discusión recayó en la Comisión Mixta.

Al interior de esta Comisión, se manifestó un debate en torno a la idoneidad del tipo penal del artículo 97, número 4 como supuesto base del delito de blanqueo de capitales y de la cuota tributaria como objeto material del mismo.

Por una parte, quienes se mostraban en contra de su incorporación cuestionaron, en primer lugar, la plausibilidad de la cuota tributaria como objeto material del lavado de activos: Sostenían que la cuota tributaria no puede ser objeto material de este delito toda vez que los bienes originariamente estaban en poder del autor y que la actividad desde donde proviene es lícita. Al momento de discutir la inclusión, el profesor Juan Domingo Acosta manifestó que a diferencia de los clásicos delitos base de blanqueo de capitales, en el que los bienes provienen de una actividad delictiva,

“en la evasión tributaria, en cambio, no hay tal cosa como un botín delictual previo, pues los actos económicos que no fueron declarados en su oportunidad ante la autoridad tributaria son

*comúnmente negocios lícitos que no pagaron impuestos debiendo haberlo hecho”.*¹⁸¹

El Senador Alberto Espina coincidió con este punto y sostuvo:

*“(…) en el caso de los delitos tributarios no hay, en el origen, una ganancia ilícita, sino sólo un beneficio legítimo de la explotación de una actividad económica o del propio trabajo que no fue declarado en su momento como ingreso tributable. Teniendo en cuenta lo anterior, manifestó que debe identificarse primero cuáles son los delitos tributarios en los que efectivamente hubo un enriquecimiento ilícito previo y que, por tanto, deberían ser considerados entre los ilícitos que sirven de base al lavado de activos.”*¹⁸²

Esta postura encuentra su origen en Enrique Bacigalupo quien sostiene:

*“El núcleo de las argumentaciones con las que se rechaza que el dinero no pagado a la Hacienda Pública, incumpliendo un deber fiscal, pueda ser objeto típico de la acción de blanqueo es claro. Ese dinero no ingresó ilícitamente en el patrimonio del obligado fiscal y, por ello, no procede de una actividad delictiva.”*¹⁸³

¹⁸¹ *Ibíd.*, 505p.

¹⁸² Historia de la ley 20.818. *Op. Cit.* 508p.

¹⁸³ BACIGALUPO, E. 2012. *Op. Cit.* 35p.

Así, producto del carácter originariamente lícito de los bienes, considerar que el uso y la tenencia del dinero que el obligado fiscal no pago a la Hacienda Pública tiene su origen o causa en un delito, comporta una extensión analógica del texto legal de carácter inconstitucional.¹⁸⁴

Lo sostenido por el Senador y estos autores supone una determinada comprensión fenomenológica del objeto material del delito de blanqueo de capitales, en el que para ser tal debe existir un necesario desplazamiento material del objeto de lavado - por la expresión “proviene” del artículo 27 – desde una actividad delictiva generadora del capital, hasta el patrimonio del autor.

El segundo aspecto en el que basan su crítica es el Problema con la regulación del autoblanqueo y la infracción al ne bis in idem: En Chile, la letra b) del artículo 27 de la ley 19.913 castiga a quien “adquiera, posea, tenga o use los referidos bienes, con ánimo de lucro, cuando al momento de recibirlos ha conocido su origen ilícito”. Lo que sostienen estos autores es se castigaría dos veces el mismo hecho, pues el acto de disposición patrimonial de la cuota tributaria y de todo otro bien sería solo la fase de agotamiento del delito, o al menos, un acto posterior copenado. El profesor Acosta sostuvo:

“el asunto más delicado que está en juego es aumentar las hipótesis de autolavado, que naturalmente implica construir

¹⁸⁴ *Ibíd.*

*distorsiones punitivas relevantes, pues supone una doble incriminación por un mismo hecho, ya que el lavado del producto de un delito es un acto de agotamiento y no un ilícito autónomo.*¹⁸⁵

Al respecto, Bacigalupo señala:

*“la posible concurrencia entre las disposiciones legales que incriminan el delito fiscal y el blanqueo de dinero presenta precisamente un caso de concurso aparente de leyes o de unidad de ley, al que la opinión dominante aplica las reglas propias de la consunción. Más concretamente: un caso de consunción del blanqueo de dinero por el dinero fiscal.”*¹⁸⁶

Así, según las reglas de la consunción, la conducta típica y los bienes obtenidos por un delito constituyen, desde un punto de vista material, una parte del delito cometido (*i.e.* una unidad) que debe ser sancionado conjuntamente con el delito del cual provienen. Son – en la línea de Acosta - hechos posteriores copenados.¹⁸⁷

De esta manera, en la comisión se sostuvo que la única forma de compatibilizar la incorporación de esta figura típica con la garantía de la

¹⁸⁵ *Ibíd.* 505p.

¹⁸⁶ BACIGALUPO, E. 2012. *Op. Cit.* 21p.

¹⁸⁷ *Ibíd.*, 21 – 22pp.

prohibición de doble incriminación era por medio del inciso tercero, del número 4 del artículo 97 del Código Tributario. Acosta sostuvo:

“(...) la única norma que podría compatibilizarse con la idea de botín es la maniobra fraudulenta para obtener una devolución indebida de impuestos, contemplada en el párrafo tercero del número 4) del artículo 97, pues se trataría de una figura con una estructura similar al fraude de subvenciones, contemplado en el número 8) del artículo 470 del Código Penal, que fue incorporado al listado de delitos base en la formulación aprobada por el Senado en el segundo trámite constitucional.”¹⁸⁸

El delito que se incorpora, en efecto, es el único de los delitos del artículo 97, número 4 del Código Tributario que cumple las exigencias de aquella doctrina en la que el dinero proveniente de este fraude fiscal no se encontraba con anterioridad en patrimonio del sujeto activo. Adicionalmente, es el único que cumple a simple vista con el fórmula “proviene” que propone la letra a) del artículo 27 en lo que se refiere a la relación entre bienes objeto de lavado y delito base.

Así, pese a las posturas favorables de los Diputados Soto y Chahín, y del profesor Gonzalo Medina, el Presidente de la Comisión, el Senador Felipe

¹⁸⁸ *Ibíd.*

Harboe, planteó como forma de alcanzar el consenso al interior de la comisión, la inclusión del inciso tercero del artículo 97, número 4 del Código Tributario – propuesto por el profesor Acosta en su intervención. Posteriormente y luego de una breve discusión, cerró el debate y sometió a votación la propuesta, la que fue aprobada por la Comisión y luego en la discusión en Sala.¹⁸⁹

A continuación se ofrecerán argumentos que permitirán desvirtuar lo asumido en la discusión parlamentaria con el objeto de demostrar que no existen limitaciones conceptuales para restringir las hipótesis base al artículo 97, N°4, inciso tercero.

b) El lavado de activos como delito autónomo

La autonomía conceptual del blanqueo de capitales constituye una de sus principales características. Si bien para otros delitos parecería de perogrullo mencionar dicho elemento, para este no es un aspecto irrelevante, pues su estructura requiere la existencia de bienes o activos provenientes de un delito previo o base. De este modo, establecer la debida separación entre ambos injustos, supone reconocer y tomar en serio su autonomía. Otorgar dicho carácter al delito implica, además, diferenciarlo del delito de receptación y del “encubrimiento” – supuesto típico presente en otras legislaciones. Tal concepción genera diversas consecuencias que serán analizadas en este apartado.

¹⁸⁹ Historia de la ley 20.818. Op. Cit. 510-512pp.

Una parte de la doctrina niega el carácter autónomo del blanqueo de capitales. Sostienen que no existe diferencia entre el delito base y el lavado, de modo que este último sería un simple “acto de agotamiento” o “acto posterior copenado” del delito previo. Esta postura fue defendida por el profesor Acosta en la comisión mixta al momento de discutir la inclusión del delito tributario en el listado de delitos base y el problema que genera el autoblanqueo:

“(…) el asunto más delicado que está en juego es aumentar las hipótesis de autolavado, que naturalmente implica construir distorsiones punitivas relevantes, pues supone una doble incriminación por un mismo hecho, ya que el lavado del producto de un delito es un acto de agotamiento y no un ilícito autónomo.”¹⁹⁰

Esta comprensión – decisiva para establecer sólo el inciso tercero del N°4 del artículo 97- sin embargo, no toma en cuenta una serie de aspectos que otorgan

¹⁹⁰ Historia de la ley 20.818. Op. Cit. 568p. En el derecho comparado POLAINO ORTS niega la autonomía del blanqueo de capitales en lo que a la sanción del autolavado se refiere. Señala que el resultado de dicha conducta debe ser la impunidad fundada en la inexigibilidad de otra conducta, al no existir deberes jurídicos que obliguen al ciudadano a la autoinculpación. Sostener lo contrario implicaría una violación del principio *nemo tenetur*. POLAINO-ORTS, M. 2015. Normativización de los títulos de imputación en el blanqueo de capitales: Cuestiones problemáticas fundamentales de parte general. En Kai Ambos, Dino Caro y Ezequiel Malarino, “Lavado de activos y compliance”. Jurista Editores, Lima, Perú. 2015, 271p – 274p. Al respecto, Al respecto, este trabajo coincide con la respuesta que CARO CORIA ha dado a este argumento al señalar: “La no norma no impone un deber de autoinculpación ni un deber de entrega de los bienes objeto del delito anterior. La finalidad del tipo de lavado es evitar la circulación o el tráfico de bienes origen delictivo, la norma primaria impone al ciudadano el deber de no realizar actos de tráfico con dichos bienes (...) La norma primaria no impone un deber de autoinculpación, el mandato penal no es *autodenúnciate*, *autoincrimínate*, el mandato es *no conviertas ni transfieras bienes de origen delictivo.*” *Ibíd.*, 179p – 180p.

el carácter autónomo al delito y que han sido consagrados tanto en los instrumentos internacionales, como en las leyes internas de cada Estado.

Uno de los primeros aspectos que evidencia el carácter autónomo del lavado de activos, ha sido la evolución de los delitos base. Así, tal como se mencionó en el capítulo tercero de esta investigación, desde el Convenio del Consejo de Europa de 1990 se produce una expansión de las hipótesis de los delitos antecedentes hacia todos los delitos graves.¹⁹¹ Esta evolución deja atrás el tráfico ilícito de estupefacientes como el único supuesto base establecido en la Convención de Viena. El convenio, en este sentido, estableció una apertura semántica en el supuesto base del tipo penal que develaba la finalidad de centrar su atención en el carácter ilícito de la ganancia obtenida más allá de la cualificación concreta del delito previo.¹⁹² Esta apertura es la que favorece la consideración de la regulación del lavado de activos como un cuerpo normativo autónomo. Tal aspecto, además, fue replicado por las disposiciones del Reglamento Modelo de la CICAD, Convención de Palermo y la Convención de Mérida e incorporado en su derecho interno por países como España, Perú, Brasil, Francia e Italia, consolidando la opinión y la tendencia manifestada en este trabajo.

¹⁹¹ Preámbulo del Convenio <http://intranet1.sbs.gob.pe/UIF/Leyes/Convenci%F3n%20de%20Estrasburgo.htm>

¹⁹² *“En consecuencia, lo relevante es la existencia misma de una ganancia ilícita y no la cualidad concreta del delito previo, demostrado con ello que el lavado no es contemplado como un hecho accesorio de la infracción previa, sino dotado de significación autónoma.”* En COMBATE AL LAVADO DE ACTIVOS DESDE EL SISTEMA JUDICIAL. 2014 *Op. Cit.* 23p.

Un segundo aspecto a considerar fue la modificación introducida por la Convención de Palermo del año 2000, al reemplazar la voz “encubrir” por la de “disimular” (último concepto presente en la ley chilena). La historia de este instrumento señala que este último término se utilizó debido a que la amplitud del concepto “disimular” alejaba al blanqueo de capitales del delito de encubrimiento contemplado en otras legislaciones.¹⁹³ Esta modificación develaría la finalidad por consagrar el carácter autónomo del lavado de activos, al establecerla como una figura distinta a todos los tipos penales que sancionan conductas posdelictivas.

En tercer lugar, respecto a la necesidad de sentencia condenatoria previa como aspecto necesario para iniciar la persecución penal por lavado de activos, el inciso sexto del artículo 27 señala: “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...”. Este elemento resulta sustancial, toda vez otorga la legitimación activa para accionar por el delito de lavado con independencia del resultado de la acción penal por el delito base. Tal independencia deja en evidencia la autonomía del blanqueo de capitales.¹⁹⁴

Finalmente, la posibilidad de sancionar el autoblanqueo de capitales, a saber, la sanción en concurso real a quien ha intervenido como autor o cómplice en el

¹⁹³ EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS COMO DELITO AUTÓNOMO. 2005. *Op. Cit.* 26p

¹⁹⁴ “*Todo lo anterior lleva a concebir al delito de blanqueo de capitales como un delito autónomo e independiente del delito subyacente, que no requiere la identificación de un acto delictivo concreto como antecedente*”. En GARCÍA, S. 2008. El blanqueo de capitales. Evolución del delito subyacente. Cuadernos de Formación. Colaboración 5/2008. Volumen 5/2008, 94p.

delito base junto al lavado propiamente, establece el último aspecto del carácter autónomo del delito.¹⁹⁵ El propio informe de la CICAD señala:

“Si se argumenta en favor de la independencia y autonomía del delito de lavado de dinero y la posibilidad de sancionar al autor del hecho previo, que blanqueó el producto del delito en el cual intervino, debe sostenerse que existe un concurso real de tipos.”¹⁹⁶

Lo señalado anteriormente se debe a que el bien jurídico protegido y la conducta sancionada por el lavado de activos serían diversos a los del delito base.¹⁹⁷

En Chile existe una disposición expresa presente en el inciso final del artículo 27 que 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. Esta posibilidad de sancionar al autor o cómplice del delito base por el blanqueo de capitales, resulta sustancial para

¹⁹⁵ *Ibíd.*, 47p.

¹⁹⁶ EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS COMO DELITO AUTÓNOMO. 2005. *Op. Cit.* 47p

¹⁹⁷ Fue precisamente el carácter autónomo del bien jurídico protegido por la noma penal el que permitía a la doctrina española justificar la sanción al autolavado de activos. Así, debido al carácter pluriofensivo de este delito, existía la posibilidad de sancionar con una mayor pena el delito de lavado de activos en comparación al delito base. En FARALDO, P. 2014. *Op. Cit.* 47-49pp. También el informe de la CICAD sobre la autonomía del blanqueo de capitales ha señalado: *“En tanto se admita que hay dos bienes jurídicos afectados y que en el lavado está implicada una sofisticada ingeniería financiera, no puede admitirse el concepto de acto posterior co-penado, colocando al lavador a la altura del que vende el auto o la bicicleta sustraída.”* En EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS COMO DELITO AUTÓNOMO. 2005. *Op. Cit.* 46p

reconocer la autonomía conceptual del delito en la legislación chilena y permite, a su vez, descartar la opinión de la doctrina contraria.

La evolución del delito de blanqueo de capitales expuesta en este apartado y en los capítulos precedentes, deja en evidencia la existencia de una comprensión consolidada en el derecho chileno, en el derecho comparado y en las regulaciones internacionales de la autonomía conceptual y regulatoria del blanqueo de capitales. Tal aspecto, como se sostuvo, independiza la sanción a este fenómeno delictivo, desligándolo del tipo penal que le sirve de base. En consecuencia, prima facie el delito subyacente, al otorgar solo la ilicitud a los bienes que serán objeto de lavado, no puede resultar decisivo para excluir la posibilidad de añadir el blanqueo de capitales de la sanción. De lo contrario, se niega todo valor a la propia existencia del delito de lavado y al importante desarrollo que ha logrado tanto a nivel nacional como internacional.

Así, la posibilidad de introducir todas las manifestaciones del artículo 97, N°4 sería real, debido a que las restricciones citadas en este apartado se debían a una comprensión del delito que lo entendía vinculado directamente al delito subyacente que de modo alguno resulta coherente con el modo en que ha sido tratado por los sistemas jurídicos que lo contemplan.

Esta conclusión, no obstante, solo puede resultar parcial, en tanto que el problema no solo radica en la falta de consideración de la autonomía del delito,

sino también en una errada comprensión semántica y sistemática del mismo. Este será el objeto de análisis del apartado siguiente.

c) Las conductas típicas de la letra “b” del artículo 27

Las letras “a” y “b” del artículo 27 señalan la *norma de conducta* del tipo penal de lavado de activos. Para la teoría de la norma penal ésta se estructura en *norma de conducta y norma de sanción*. La primera de ellas es el estándar que determina el objeto de reproche jurídico-penal.¹⁹⁸ Dicha norma funda una obligación (que se obtiene por medio de una formulación contradictoria del supuesto de hecho de la norma de sanción correspondiente) cuyo carácter lógico previo, justifica la sanción penal ante su infracción.¹⁹⁹ La *norma de sanción*, por su parte, es el reproche jurídico penal cuyo origen se encuentra en la infracción a la obligación establecida en la norma de conducta.

La letra “b” del artículo 27 de la ley 19.913 establece el segundo conjunto de conductas exigidas al sujeto que debe motivarse por la norma, y cuya infracción fundamenta la sanción penal. Esta disposición señala

“Artículo 27, letra b): *El que adquiriera, 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*

¹⁹⁸ MAÑALICH, J.P. 2010. Norma e Imputación como categoría del hecho punible. Santiago, Revista Estudios de la Justicia, N°12. 172p.

¹⁹⁹ *Ibíd.*

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.”

En la disposición citada destacan las conductas típicas de adquirir, poseer, tener y usar. Estas son llamadas por una parte de la doctrina como “conductas receptoras” y, a diferencia de la letra “a”, solo pueden recaer sobre los bienes de origen delictivo.

Se encuentran incorporadas en la Convención de Viena, Artículo 3 (1) literal c) i); Convención de Palermo, Artículo 6 (1) literal b); Reglamento Modelo CICAD, Artículo 2 (2); Modelo de Legislación (PNUFID), artículo 21 (3) y Convenio Centroamericano Artículo 2 (3).²⁰⁰

Como ha sido expuesto, la conducta típica de la letra b) es la que más problemas presenta a ojos de una parte de la doctrina nacional y extranjera para la admisión del fraude fiscal como delito base. Argumentan que su interpretación conjunta con la hipótesis de autoblanqueo del inciso quinto del artículo 27 lleva a una inevitable infracción al ne bis in idem. Es por esta razón que surge la

²⁰⁰ EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS COMO DELITO AUTÓNOMO. 2005. Informe CICAD, Organización de Estados Americanos. 27p.

necesidad de llevar a cabo una labor hermenéutica para develar su contenido con el objeto de analizar una solución al problema que se presenta.

En lo que respecta a la interpretación de esta conducta típica, una parte de la doctrina nacional sostiene que deberían ser entendidas en torno a las herramientas conceptuales que entrega el código civil en materia de interpretación (Artículos 19 a 24 del Código Civil). Así, posesión, uso y tenencia de los bienes pertenecerían conceptualmente a los artículos 700, 582 y 714 del Código Civil. Una parte de la doctrina extranjera ha opinado en la misma línea.²⁰¹ Tal forma de comprensión, no obstante, como se sostuvo trae importantes consecuencias para la comprensión general del delito, pero también para aspectos como el “autoblanqueo” y los delitos bases que pudiesen incorporarse a la normativa.²⁰²

Otra interpretación ha sostenido que esta norma manifiesta una cierta evolución legislativa en la que paulatinamente existe una creación de tipos penales que no se agotan en las figuras clásicas del lavado (ocultar, encubrir o disimular), generándose verdaderas prohibiciones de contacto con los bienes

²⁰¹ COMBATE AL LAVADO DE ACTIVOS DESDE EL SISTEMA JUDICIAL. 2014. Op. Cit. 111 – 115pp. También en DEL CARPIO, J. 2011. “La posesión y la utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo de capitales”. Revista General de Derecho Penal 15. 22 – 27pp. y QUINTERO, G. Receptación y Blanqueo de Capitales. 2012, Fundación para la Universitat Oberta de Catalunya. [en línea] <
[https://www.exabyteinformatica.com/uoc/Dret/Derecho_penal_economico/Derecho_penal_economico_\(Modulo_6\).pdf](https://www.exabyteinformatica.com/uoc/Dret/Derecho_penal_economico/Derecho_penal_economico_(Modulo_6).pdf)> [consulta: 26 febrero 2016] 17 – 18pp.

²⁰² PRAMBS, C. 2005. *Op.Cit.* 105-106 pp.

procedentes de las actividades delictivas base.²⁰³De este modo, se castigaría entrar en contacto con los bienes provenientes del delito - bastando el mero conocimiento de su origen. – de modo de aislar a los autores del delito previo.

El grupo de expertos del CICAD, desglosando cada una de las categorías, sostiene que por adquisición debe entenderse:

“Implica el acto por el cual se hace uno dueño de alguna cosa”, como también la misma cosa adquirida. La palabra adquisición, abarca, todo cuanto se logra o consigue por compra, donación, u otro título cualquiera; incluye lo que se obtiene mediante dinero, ajuste, habilidad, industria u otro título semejante y no así no lo que viene por derecho de herencia.”²⁰⁴

A su vez, entienden por posesión “el poder de hecho y de derecho sobre una cosa material, constituido por el elemento intencional o animus (...) y el elemento físico o corpus.”²⁰⁵

Finalmente, utilizar - en el caso chileno, usar – lo conciben como “aprovechar algo”, “emplear, usar”, “servirse de una persona o cosa con determinada finalidad”²⁰⁶

²⁰³ HERNÁNDEZ, H. 2008. Op. Cit. 497p.

²⁰⁴ EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS COMO DELITO AUTÓNOMO. 2005. Op. Cit. 27p.

²⁰⁵ *Ibíd.*, 28p.

²⁰⁶ *Ibíd.*

El problema de aplicar las categorías civiles a los bienes objeto de este delito o el simple contacto con ellos, considerando la expresa sanción al autoblanqueo que establece la ley chilena, es que amplía los destinatarios de las sanciones hasta límites cercanos a la infracción del *ne bis in idem*. Así, resulta imposible en algunos casos separar las conductas “posesión” o “tenencia” de los bienes de origen delictivo con la comisión del delito generador de dichos bienes.²⁰⁷

Tal doctrina, al tomar conciencia de las consecuencias jurídico-penales de esta concepción, se ha inclinado por la postura de que el delincuente originario nunca podrá ser imputado por la comisión de este tipo (letra “b”) y sólo podría serlo por la letra “a” del artículo 27. De lo contrario, se sancionaría la simple entrada en posesión de los bienes del delito base.²⁰⁸ Esta interpretación, aunque respetuosa de la prohibición de doble incriminación, introduce una distinción claramente contraria a la ley, pues como dice el inciso quinto del artículo 27:

Artículo 27, inciso quinto: *“Si el que participó como autor o cómplice del hecho que originó tales bienes incurre, además, en*

²⁰⁷ Un ejemplo de esto sería el siguiente: “(...) el sujeto que roba jamones en unos grandes almacenes y los guarda en su casa, cometería, además del delito de robo, el delito de blanqueo. En este caso cabría imponer conjuntamente pena de prisión de uno a tres años por el delito de robo, más prisión de seis meses a seis años, más multa y posible inhabilitación por el delito de blanqueo. Es decir, la posesión, como modalidad de blanqueo, debería aplicarse a todo autor de un delito que posee el bien que ha obtenido mediante la comisión de ese delito.” En DEL CARPIO, J. 2011. *Op. Cit.* 23p.

²⁰⁸ PRAMBS, C. 2005. *Op. Cit.* 105p.

la figura penal contemplada en este artículo, será también sancionado conforme a ésta.”

La norma recién citada establece expresamente la sanción al autoblanqueo, es decir, el concurso real entre el delito de lavado de activos con el delito base, para quien actuó en el primero de estos como autor o cómplice, sin distinguir si se trata de la letra “a” o de la letra “b” del artículo 27.

De esta manera, la interpretación de la letra “b” por parte de un sector de la doctrina nacional lleva a una doble encrucijada: o bien (a) Se infringen principios jurídico-penales, o (b) Para remediar dicha situación, se excluyen conductas que el legislador ha ordenado sancionar.

En este trabajo se sostiene que ambas interpretaciones resultan insuficientes a efectos de dotar de sentido el sistema de lavado de activos en la ley chilena. El intérprete en lugar de introducir estas distinciones, debería intentar encontrar un sentido respetuoso tanto de la sistemática del delito como de los principios reguladores del derecho penal.

Durante la tramitación de la ley 20.818, dichas preocupaciones fueron expuestas por el profesor Juan Domingo Acosta en Comisión Mixta, cuando sostuvo: “(...) el asunto más delicado que está en juego es aumentar las hipótesis

de autolavado, que naturalmente implica construir distorsiones punitivas relevantes, pues supone una doble incriminación por un mismo hecho.”²⁰⁹

La postura que se intenta defender en este trabajo coincide la premisa del profesor Acosta, mas no en su conclusión. La vía que puede despejar la aporía interna del sistema de lavado de activos en Chile se encuentra en una interpretación que establezca una comprensión más profunda tanto de las típicas de la letra “b” del artículo 27 como del delito propiamente tal. Es necesario, en este sentido, una interpretación que tome en cuenta el objeto que intenta regular como un proceso, incluyendo el modo en que el blanqueo de capitales se manifiesta fenoméricamente. En efecto, si bien el derecho moderno representa un conjunto de categorías normativas cuyo valor se encuentra desvinculado de la naturaleza, las limitaciones que presenta la doctrina develan una comprensión insuficiente del fenómeno delictivo que se regula. Lo que se sostiene es que una adecuada comprensión de las conductas típicas del artículo 27, cercanas a la fenomenología del blanqueo de capitales, difumina el conflicto entre el autoblanqueo, la posesión y el *ne bis in idem*

Esta postura no sólo permitiría entender de mejor forma la estructura del delito que se analiza, sino también permitiría la introducción de nuevos delitos base, en especial, la cuota tributaria defraudada como objeto material del blanqueo de capitales. Dejaría en evidencia que la imposibilidad de aceptar su inclusión sólo

²⁰⁹ Historia de la ley 20.818. *Op. Cit.* 508p.

se debe a un error interpretativo que no sólo afecta a este delito sino también al modo en que se estructura el blanqueo de capitales en el derecho chileno.

Para lograr dicha interpretación, resulta necesario revisar la llamada fenomenología del blanqueo de capitales.

d) La llamada “Fenomenología del blanqueo de capitales”: Etapas del proceso de lavado.

El lavado de activos se articula en la realidad como un proceso extenso y complejo por medio del cual se busca llevar los bienes obtenidos desde el ilícito de origen hasta su completa inserción en el sistema financiero legal. Debido a esta comprensión del fenómeno delictivo, y como forma de lograr una efectiva prevención y sanción del mismo, tanto la doctrina como los instrumentos internacionales han generado un marco teórico que intenta explicar fenoménicamente la dinámica del mismo. Así sostienen que este proceso se desenvuelve en una serie de fases o etapas que van desde la colocación de los bienes en ciertos instrumentos mercantiles, pasando por la conversión de los mismos, hasta su completa integración en el sistema financiero.

Este apartado intentará describir la formulación de las etapas del blanqueo de capitales, sosteniendo que un estudio fenoménico del delito de lavado de activos podrá comprender de manera profunda y coherente las conductas típicas del artículo 27. Así, además se respetará sistemáticamente la estructura del tipo y

los principios jurídico-penales que lo sustentan. Esto permitirá la inclusión del delito tributario – todas las hipótesis del artículo 97, N°4, sin distinciones - como delito base del lavado de activos.

La clasificación más importante de las fases del blanqueo de capitales fue elaborada por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) en los anexos de las 40 recomendaciones elaboradas en 1990. Este trabajo describe el conjunto de etapas por medio de las cuales se insertan los bienes de origen delictivo en el sistema financiero, borrando el vínculo que poseen con el delito base que les dio origen.²¹⁰ La doctrina, por su parte, partiendo de dicho trabajo, ha logrado profundizar esta comprensión del fenómeno del blanqueo de capitales, explicando de manera más acabada cada una de sus etapas y manifestando el modo se vinculan entre sí.

Esta descripción, sin embargo, no pretende ser exhaustiva - pues las fases del delito pueden ser más complejas y combinarse entre sí – sino más bien ofrecer un marco conceptual a través del cual pueda interpretarse el tipo penal del artículo 27 con el fin hacer frente a varios problemas interpretativos. Una vez ofrecido este modo de comprensión del delito, podrá apreciarse que la inclusión del artículo 97, número 4 en, todas sus hipótesis, como delito base, es posible. Los problemas que presenta la doctrina, podría señalarse, son indicios de una

²¹⁰ PRAMBS, C. 2005. *Op. Cit.* 76 – 77pp.

visión que no analiza a fondo el lavado de activos como un proceso complejo. Lo que se busca, en este sentido, es avanzar en su comprensión.

Las fases descritas tanto por las recomendaciones del GAFI como por la doctrina, se dividen en:

i) Colocación u Ocultación (*placement*)

Esta es la etapa inicial del proceso. Aquí, el sujeto, luego de la comisión del delito base por su persona o por terceros,²¹¹ genera cantidades importantes de dinero efectivo cuyo peligro de descubrimiento, hurtos, robos, etc. Genera la necesidad de deshacerse de dichas cantidades, sin ocultar la identidad de los titulares aún.²¹²

Así, la etapa inicial del proceso de blanqueo de capitales se encuentra constituida por la colocación de importantes cantidades de dinero metálico lejos del lugar donde han sido obtenidos, por medio de establecimientos financieros, recurriendo a la economía al por menor o enviándolo al extranjero.^{213 214}

²¹¹ El análisis del autoblanqueo y su vinculación con el delito tributario será tratado *infra*.

²¹² PRAMBS, C. 2005. *Op. Cit.* 77p.

²¹³ BLANCO, I. 1997. *Op. Cit.* 71p.

²¹⁴ Un ejemplo de lo que ocurre en la primera fase lo expone Caparros: “En el marco de la Operación *Green Ice*, a finales de septiembre de 1992, la policía londinense descubrió en Berdmonsey, en el sudeste de la *City*, un garaje en el que aparecieron veinte metros cúbicos de billetes de curso legal. Procedían del tráfico de la cocaína colombiana y descansaban “congelados” a la espera del mejor modo de reintroducirlos en los circuitos económicos oficiales sin que la aparición de semejante avalancha de dinero contante y sonante delatara su ilícita procedencia. Provistos de mascarillas, los agentes británicos tuvieron se dedicaron durante varios días a contar dólares, libras, florines y otras muchas divisas, generalmente fraccionadas en

Los mecanismos internacionales más tradicionales por los que se realiza la fase de colocación son: Colocación mediante establecimientos financieros,²¹⁵ Colocación mediante instituciones financieras no tradicionales,²¹⁶ instrumentos de inteligencia financiera (contratos de seguros de prima única, por ejemplo), aproximaciones al juego y a la apuesta, préstamo de dinero al contado, transacciones-masa, etc.²¹⁷

ii) Conversión o Ensombrecimiento (*layering*)

La segunda fase del proceso se inicia luego de que los sujetos han podido deshacerse del dinero efectivo. Acá, el objetivo buscado es eliminar el vínculo entre el sujeto que cometió el delito y el origen ilícito del bien,²¹⁸ mediante la

billetes de pequeña cuantía, procedentes de la venta de la droga al por menor en toda Europa.” En COMBATE AL LAVADO DE ACTIVOS DESDE EL SISTEMA JUDICIAL. 2014. *Op. Cit.* 70p.

²¹⁵ Si bien son extremadamente diversos los mecanismos utilizados en la fase de colocación, la utilización de establecimientos financieros “tradicionales”, mediante los servicios que presta, es bastante común. Así, se suelen utilizar la compra de instrumentos financieros por cantidades inferiores a las necesarias para entregar información (smurfing), el ingreso de cantidades de dinero a cuentas bancarias por un monto inferior al que es necesario informar (structuring), también por medio de la complicidad bancaria (corrupción de los funcionarios encargados de la supervisión bancaria) y el empleo abusivo de las excepciones a la obligación de identificar o comunicar (presente en algunos países). En BLANCO, I. El Delito de Blanqueo de Capitales. *Op. Cit.* 72 – 75pp.

²¹⁶ Cuando se habla de instituciones financieras no tradicionales se refiere a aquellos negocios que proporcionan servicios similares a los bancos pero que están menos supervisados y regulados que las instituciones financieras tradicionales. *Ibíd.*, 75p. Ejemplos de esta forma de ocultación son la utilización de agencias de cambio de divisas, mezcla de fondos lícitos con fondos ilícitos, contrabando de dinero, empresas dedicadas al canje de cheques, agentes de valores, negocios de ventas de joyas, metales preciosos, antigüedades y objeto de artes, etc. En ASPECTOS DOGMÁTICOS, CRIMINOLÓGICOS Y PROCESALES DEL LAVADO DE ACTIVOS. 2005. *Op. Cit.* 7p.

²¹⁷ COMBATE AL LAVADO DE ACTIVOS DESDE EL SISTEMA JUDICIAL. 2014. *Op. Cit.* 70 - 79pp.

²¹⁸ *Ibíd.*, 78p.

utilización de numerosas y, a veces, complejas operaciones, haciendo más difícil o compleja la detección de los mismos.²¹⁹

En esta etapa es posible hablar de blanqueo de capitales propiamente tal, pues representa el inicio del proceso de lavado, supuesto fáctico que de mejor manera se ajusta a la definición del delito, a saber, “proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económica legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita.”²²⁰

Además de lo anterior, no todos los delitos necesitan actos de ocultación o colocación, pues pueden existir casos en que no se generen grandes cantidades de dinero,²²¹ sin perjuicio de lo cual necesitarán ser introducidos en el sistema financiero legal con el objeto de eliminar el origen ilícito de los mismos (fase de conversión o ensombrecimiento). Es por esta razón que la primera etapa no resulta esencial en todo proceso de lavado de dinero, pero sí la segunda.

Finalmente, los actos que surgen en la etapa de ensombrecimiento dan cuenta del blanqueo de capitales como un delito autónomo. En efecto, los actos de ocultación o colocación (de existir, de acuerdo a lo que se sostuvo en el párrafo precedente) solo representan simples actos de agotamiento del delito base que, de acuerdo al producto de dicho acto delictivo, involucran grandes

²¹⁹ BLANCO, I. 1997. *Op. Cit.* 79p.

²²⁰ *Ibíd.*, 101p.

²²¹ COMBATE AL LAVADO DE ACTIVOS DESDE EL SISTEMA JUDICIAL. 2014. *Op. Cit.* 79p.

cantidades de dinero. Estas maniobras, en consecuencia, buscarían evitar el descubrimiento y la pérdida de los efectos del delito subyacente. El lavado de activos, por su parte, solo es posible reconocerlo como un delito propiamente tal, si se acepta que las conductas típicas poseen un plus delictivo diverso a los simples actos de agotamiento del delito base – i.e. si se le concede su carácter autónomo. El sujeto activo, en este sentido, realiza actos que buscan no solo asegurar lo obtenido por el delito precedente, sino también comenzar el proceso de integración completa al sistema legal, con la destrucción del vínculo entre el origen de los bienes y su titular.

Como señala CARO CORIA respecto a la conducta típica del delito: “La finalidad del tipo de lavado es evitar la circulación o el tráfico de bienes de origen delictivo, la norma primaria impone al ciudadano el deber de no realizar actos de tráfico con dichos bienes”.²²² Al aceptar que el ámbito de sanción del lavado de activos se encuentra en la “circulación” de los bienes, no es posible entender que este delito abarque simples actos de agotamiento del delito base.

Algunos de los métodos utilizados en esta etapa del proceso son: Creación de un rastro documental falso para ocultar la verdadera fuente, propiedad, localización o control sobre los fondos ilegalmente generados,²²³ conversión del

²²² CARO CORIA, M. 2015. *Op. Cit.* 179p – 180p.

²²³ *Ibíd.*, 79p

metálico en instrumentos financieros,²²⁴ adquisición de bienes materiales con el dinero en metálico y su posterior cambio y venta,²²⁵ transferencias electrónicas de los fondos,²²⁶ etc.

Más allá de los ejemplos que dentro del sistema financiero pudiesen evidenciar esta etapa, el aspecto más relevante a efectos de este trabajo es que acá no se presenta un simple acto de agotamiento del delito base, sino que busca cortar el vínculo entre el titular y el bien objeto del lavado sin que aún se haya reinvertido en el sistema económico legal.

iii) Integración (*integration*)

Esta es la etapa final del blanqueo de capitales. Los bienes, luego de haber pasado por las etapas anteriores, pueden tener tres destinos: el gasto por el delincuente, la reinversión ilícita – de modo de poder continuar con la comisión de delitos - y la colocación de los mismos en la economía oficial.²²⁷ Esta fase comienza luego de la conversión o emsombrecimiento de los bienes, y tiene por objeto, proporcionar una explicación aparentemente legítima para los bienes de

²²⁴ Este mecanismo implica, luego de la colocación del dinero en efectivo en un banco u otra institución financiera no bancaria, la conversión en instrumentos financieros como cheques de viaje, órdenes de pago, bonos, acciones, etc. *Ibíd.*, 80p.

²²⁵ En la primera etapa, con el objeto de reducir el dinero metálico, se recurría a la compra de bienes muebles e inmuebles de alto valor. Con la posterior venta de los bienes adquiridos con los fondos de origen delictivo, se le otorga una apariencia de legalidad que antes no poseía. *Ibíd.*

²²⁶ BLANCO, I.1997. *Op. Cit.* 80p.

²²⁷ *Ibíd.*

origen delictivo. Así, una vez conseguido este propósito resulta casi imposible su persecución.

Los mecanismos más utilizados en la etapa de integración son los siguientes: compraventa de inmuebles,²²⁸ empresas pantalla y préstamos simulados,²²⁹ complicidad de bancos extranjeros,²³⁰ etc.

Junto a estos mecanismos tradicionales, existen una serie infinita de mecanismos no tradicionales por medio de los cuales se blanquea dinero de origen delictivo. Entre ellas se encuentra la utilización de establecimientos de juego, el pago a profesionales (v.gr. contadores y abogados), compañías de seguros, agentes de bolsa, etc.

iv) Conclusiones

Las categorías que se analizaron precedentemente son funcionalmente importantes no sólo porque orientan el estudio y el establecimiento de

²²⁸ *Ibíd.* Este es un mecanismo bastante utilizado por quienes desean integrar al sistema legal dineros provenientes de origen ilícito. Por medio de la utilización de sociedades interpuestas, a través de su compra, se adquieren bienes que luego serán vendidos a un precio muy superior o bien, mediante pagos ocultos en metálico. El sentido de utilizar este tipo de bienes es su tendencia a apreciarse, su carácter líquido y las numerosas vías que ofrece para oscurecer el origen de determinados bienes.

²²⁹ ASPECTOS DOGMÁTICOS, CRIMINOLÓGICOS Y PROCESALES DEL LAVADO DE ACTIVOS. 2005. *Op. Cit.* 9p. Acá la técnica es bastante sencilla. Por medio del establecimiento de sociedades constituidas en paraísos fiscales, el sujeto lleva a cabo préstamos a sí mismos con los dineros obtenidos por medio de la comisión de delitos.

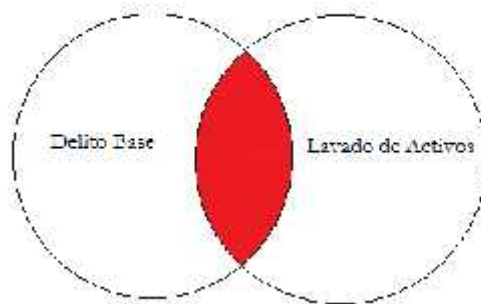
²³⁰ La utilización de bancos ubicados en “paraísos fiscales” representa un mecanismo muy utilizado en la práctica. La ausencia de mecanismos de control y vigilancia en ciertos países (lo que permite el anonimato en las transacciones), sumado al escaso pago de impuestos, permiten mayores facilidades para el asentamiento de los bienes en la economía oficial.

mecanismos de prevención en el sistema de combate al lavado de activos. El aspecto más relevante a efectos de este trabajo – tal como lo sostuvimos en el apartado anterior - es que permiten una comprensión más profunda del delito que se analiza. De esta forma es posible solucionar los problemas de incoherencia sistemática, infracción de principios jurídico-penales y exclusión conductas que el legislador ha ordenado sancionar.

De este modo, mediante una interpretación conjunta entre las conductas de la letra “b” del artículo 27 y la fenomenología del proceso de lavado de activos, puede llegarse a una comprensión que no adolezca de los problemas denunciados por la doctrina. En lo que sigue las conductas de adquisición, tenencia, posesión y uso de los bienes de origen delictivo, deberían restringirse a la etapa en que paradigmáticamente se da el fenómeno de lavado de activos, a saber, el ensombrecimiento. Como se sostuvo en este apartado, fenoménicamente el blanqueo de capitales se manifiesta como un proceso cuyas etapas no poseen el contenido delictivo que el tipo penal base busca sancionar. Incluso, podría aceptarse que algunas de éstas podrían confundirse con el agotamiento del delito base. El punto, no obstante, se encuentra en sancionar las conductas que buscan la circulación de los bienes provenientes del injusto antecedente, es decir, aquellas que más se acercan al objeto protegido por la norma penal.

Para explicar de mejor forma el argumento, podrían representarse los ámbitos de protección de la norma, tanto del delito base como del lavado de activos, de la siguiente forma:

Figura 1



Como se expresa en la Figura 1, las conductas sancionadas por la letra “b” del artículo 27 en las que lavado de activos y delitos base pueden coincidir (representadas por el área de contacto - en rojo - de los círculos intersecantes), en la expresión fenoménica del delito, se encuentra en la etapa de “colocación u ocultación”. Podría sostenerse que la infracción al ne bis in idem denunciada por la doctrina en la que acto de agotamiento del delito base y proceso de lavado comienza, se encuentra en esta etapa.

Por su parte, un estudio que tome en serio el carácter autónomo del delito de lavado de activos – y la prohibición de la doble incriminación – debería centrar su atención en los actos que paradigmáticamente son el objeto de sanción por el tipo penal, a saber, el ensombrecimiento. Tales actos se acercan con más

precisión a la circulación de los bienes de origen delictivo que la norma busca evitar. Ahora no podría confundirse el simple agotamiento del delito base con el lavado de activos y se castigaría la etapa que paradigmáticamente representa el blanqueo de capitales. Se exigiría, en definitiva, una conducta distinta del sujeto activo cuyo plus delictivo adicional justificará la sanción por blanqueo de capitales.

Este modo de comprender el delito puede sintetizarse en el siguiente ejemplo: La figura básica de cohecho a funcionario público se encuentra en el artículo 248 del Código Penal. Este tipo penal sanciona la conducta del empleado público que solicita (modalidad activa) o acepta (modalidad pasiva) recibir mayores derechos que los que le están señalados por razón de su cargo, o un beneficio económico para sí o un tercero para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo.²³¹ Así, si un funcionario público acepta recibir un automóvil – por ejemplo - por parte de un particular, para obtener un permiso de circulación de otro vehículo que no cumple los requisitos legales, estaría cometiendo el delito descrito en el artículo 248 del Código Penal.

Ahora bien, el funcionario público cometería el delito de blanqueo bajo la figura de la letra “b” si, con el fin de esperar un tiempo para no levantar sospechas de la transacción, deja el automóvil en manos del particular que ofreció el beneficio.

²³¹ OLIVIER, G. 2004. Aproximación al delito de cohecho. Revista Estudios de la Justicia, N° 5, Santiago. 96p.

Tal acto no sería un simple contacto, sino más bien tendría un plus delictivo superior al simple agotamiento al cortar el vínculo con el autor del delito base. Tampoco cabría bajo las hipótesis de la letra a) del artículo 27, pues como han sido descritas las conductas, no implicarían actos positivos de encubrimiento (“ocultar”) ni actividades encaminadas al fraude y engaño (“disimular”)

Que la sanción del blanqueo de capitales recae sobre conductas cuyo contenido delictivo es superior al del delito base ha sido reconocido por la CICAD en su informe “El delito de lavado de activos como delito autónomo”, al señalar:

“El desvalor de la acción, en el tipo del lavado de activos tiene un plus que no se encuentra previsto en la figura clásica del encubrimiento preceptuada en la mayoría de los códigos penales. (...) Esta finalidad de disimular y ocultar el origen ilícito de los fondos contiene un plus de desvalor, en tanto implica encubrir el delito y además lucrar con los activos ilegales para poder reinvertirlos en la empresa criminal.”²³²

La autonomía conceptual inherente a la sanción de este delito²³³ permite comprender que existe una disociación entre la punibilidad de las conductas típicas del delito antecedente y las conductas constitutivas de lavado de activos.

²³² EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS COMO DELITO AUTÓNOMO. 2005. Op. Cit. 49p.

²³³ *Vid supra*, letra b) de este capítulo “El lavado de activos como delito autónomo”.

Tal plus delictivo adicional surge por la autonomía propia del objeto de protección de la norma penal del lavado de activos. Tal como sostiene FARALDO, el carácter autónomo del bien jurídico protegido por la norma del blanqueo de capitales – que la doctrina mayoritariamente ha designado como la administración de justicia o el orden socioeconómico – es el que permitía a la doctrina española justificar la sanción al autolavado de activos antes de la LO 5/2010.²³⁴ El informe de la CICAD vuelve a confirmar lo sostenido sobre la autonomía del objeto de protección del blanqueo de capitales al señalar que “en tanto se admita que hay dos bienes jurídicos afectados y que en el lavado está implicada una sofisticada ingeniería financiera, no puede admitirse el concepto de acto posterior co-penado, colocando al lavador a la altura del que vende el auto o la bicicleta sustraída.”²³⁵

Al respecto, BACIGALUPO argumenta que si bien los actores posteriores co-penados deben dirigirse contra el mismo bien jurídico del delito precedente, será posible considerarlo como tal si el ataque sigue la misma lesiva, es decir, si siguen la misma línea de protección o configuran una progresión delictiva.²³⁶ BERMEJO, siguiendo a este autor, sostiene que la regla de la identidad de bienes jurídicos reconoce una excepción “cuando ese segundo delito, si bien lesiona otro

²³⁴ FARALDO, P. 2014. *Op. Cit.* 47-49pp.

²³⁵ EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS COMO DELITO AUTÓNOMO. 2005. *Op. Cit.* 46p

²³⁶ BACIGALUPO, E. 2012. *Op. Cit.* 31p.

bien jurídico, no agrega un plus, que no pueda considerarse saldado con la pena del delito anterior”.²³⁷

Si bien ambos autores reconocen la diferencia entre ambos bienes jurídicos, intentan reivindicar el punto sosteniendo que se encontrarían en la misma línea de protección, de modo que los actos que los lesionan no poseerían un plus delictivo distinto que pudiera considerarse saldado con la pena del delito base. Al respecto, ya se ha argumentado no solo que existe una diferencia entre objetos de protección que justificaría una sanción autónoma, sino también que la entidad de la actividad delictiva propia del blanqueo de capitales, que implica sofisticados actos de ingeniería financiera que afectan particularmente a la circulación de bienes, posee un plus tal que no puede subsumirse en la pena del delito anterior.

Esta comprensión no solo evita la exclusión del autoblanqueo con la letra “b” del artículo -cuya propuesta resulta opuesta al texto de la ley y al carácter autónomo del delito – sino también permite no infringir el *ne bis in idem* al momento de sancionar las conductas. Así, autoblanqueo, posesión y *ne bis in idem* podrían expresarse conjuntamente en el tipo penal.

Tal interpretación, sin embargo, no sólo permite llegar a una comprensión sistemática del delito. Además, posibilita extender las hipótesis de delitos bases del delito de lavado de activos, entre los que se encuentra el ilícito penal regulado

²³⁷ BERMEJO, M. 2015. *Op. Cit.* 323p.

en el artículo 97, número 4 del código tributario. Resulta preciso recordar que uno de los principales argumentos de la doctrina que se opone a la inclusión de este delito es la presencia de la sanción al autoblanqueo junto a la sanción a la posesión de los bienes. Tal unión generaba la posibilidad de sancionar actos inherentes al delito base. Con las posibilidades interpretativas que ofrece este trabajo se pretende que tales conflictos desaparezcan.

Desde ahora, adicionalmente, será posible extender el delito tributario como delito antecedente a todas las hipótesis de la disposición citada, y no solo al inciso tercero como establece la reforma. Así quien realiza cada una de las hipótesis de tal tipo penal no será sancionado por el delito de lavado de activos con la simple comisión del delito tributario (acto inherente al delito) pues se exigirá que la conducta típica manifieste un plus delictivo superior, cercano a algunas de las características de la fase de ensombrecimiento. Estas conductas tienen por objeto la utilización de los bienes de origen delictivo no sólo para, en definitiva, poder sacar provecho de ellos, sino también buscan cortar el vínculo entre el ilícito de origen y los bienes, de manera de poder reutilizarlos sin levantar sospechas. Tales actos no es posible subsumirlos en el tipo penal base como actos de agotamiento, razón por la que no infringirían el *ne bis in idem*.

Las conclusiones expuestas no solo intentan ofrecer argumentos tendientes a incluir todas las hipótesis del artículo 97, número 4, sino también proponer una interpretación que permite dar coherencia general al delito. De esta manera, los

problemas de la doctrina con dicha inclusión solo darían cuenta de un modo de comprensión equívoca que, de remediarse, despejaría los obstáculos para la tesis que intenta sostener este trabajo.

e) Circulación patrimonial y la cuota tributaria como objeto material del lavado de activos

En la letra a) de este capítulo se expuso la comprensión de una parte de la doctrina acerca de la idoneidad de la cuota tributaria como objeto material del blanqueo de capitales. Sostienen que la cuota tributaria - i.e. cantidad de dinero a ingresar que resulta de la obligación tributaria principal y que normalmente está constituida por una proporción que se aplica sobre una parte del patrimonio del contribuyente, llamada base imponible²³⁸ - tiene su origen en una actividad lícita, razón por la cual no tendría la misma naturaleza que los bienes clásicamente considerados idóneos para el blanqueo de capitales. Sustentan su posición en la expresión provienen de la letra “a” del artículo 27 de la ley. De esta manera, para considerar que un bien pueda ser objeto material del lavado de activos, es necesario que los bienes lavados provengan de una actividad ilícita. Esto descartaría la posibilidad de considerar el delito tributario como delito base del lavado de activos, pues en este caso, los bienes ya se encontraban en el

²³⁸ BLANCO, I. 2011. Op. Cit. 20p.

patrimonio del autor antes de la comisión del delito tributario y su origen es, como ya se sostuvo, lícito.

Esta postura fue sostenida por el profesor Juan Domingo Acosta al momento de su exposición en Comisión Mixta en tercer trámite constitucional. El profesor sostuvo:

“(...) detrás de la idea de un listado de delitos base está el concepto de un botín delictual que obtuvo quien perpetró un delito previo, y que intenta reintroducir al mercado ocultando su fuente; de esta forma lava activos el secuestrador que hace maniobras para hacer aparecer como lícitos los recursos provenientes del rescate que previamente obtuvo, y se puede predicar el mismo fenómeno cuando el narcotraficante opera de esa forma para poder ocupar abiertamente el producto de la venta de drogas.

Observó que en la evasión tributaria, en cambio, no hay tal cosa como un botín delictual previo, pues los actos económicos que no fueron declarados en su oportunidad ante la autoridad

tributaria son comúnmente negocios lícitos que no pagaron impuestos debiendo haberlo hecho.”²³⁹

El Senador Alberto Espina – concordando con Acosta – expresó:

“(…) lo que se debe analizar es la idea de incorporar en un listado los delitos que producen ganancia económica para sus autores, al punto que ellos deben idear métodos ilícitos para disimular el origen de su ganancia mal habida. Explicó que en el caso de los delitos tributarios no hay, en el origen, una ganancia ilícita, sino sólo un beneficio legítimo de la explotación de una actividad económica o del propio trabajo que no fue declarado en su momento como ingreso tributable. Teniendo en cuenta lo anterior, manifestó que debe identificarse primero cuáles son los delitos tributarios en los que efectivamente hubo un enriquecimiento ilícito previo y que, por tanto, deberían ser considerados entre los ilícitos que sirven de base al lavado de activos.”²⁴⁰

²³⁹ Historia de la ley 20.818. Op. Cit. 505p. En el derecho comparado esta posición ha sido sostenido también por AMBOS cuestionando la inexistencia de una relación de causalidad entre el hecho previo (delito tributario) y el dinero presente en el patrimonio del autor. En AMBOS, Kai. 2015. Op. Cit. 300p. Esta posición adolece de los mismos errores de la doctrina chilena mencionados en este apartado. Vid *Infra*.

²⁴⁰ *Ibíd.*, 508p.

Dos son los aspectos relevantes en esta teoría. En primer lugar, sostienen que una comprensión correcta del lavado de activos entiende que los bienes objeto de lavado - bajo el concepto “provienen” - no sólo deben tener una vinculación con la comisión de los delitos mencionados en la letra “a”, sino también dichos bienes deben tener su origen en ellos. Es por esta razón que presentan como ejemplos paradigmáticos de bienes objeto de blanqueo aquellos que provienen del narcotráfico o el secuestro. De esta forma, el aspecto relevante no sería el vínculo con la comisión de un delito, sino el negocio ilícito como fuente generadora.²⁴¹

En segundo lugar, presenta una cierta comprensión fenoménica del delito, por medio de la cual debería existir una relación de causalidad marcada por un desplazamiento material del objeto de lavado desde una actividad delictiva generadora del capital, hasta el patrimonio del autor.²⁴² Esto, por cuanto los bienes que se deben ocultar o disimular deben provenir de la realización de los delitos – o negocios ilícitos - enumerados en la disposición.

²⁴¹ Un ejemplo de esta postura es la de QUINTERO OLIVARES, quien sostiene: "el dinero... de quien no pagó sus impuestos no es un dinero 'producto' del delito fiscal... y por lo tanto no puede ser objeto de delito de blanqueo". En BLANCO, I. 2011. *Op. Cit.* 17p. BLANCO resume la postura del autor al expresar: "En definitiva, no hay origen ilícito porque el dinero no "procede del delito". En este mismo sentido AMBOS: "*La inclusión del no pago de impuestos como hecho previo del lavado de activos invierte la ratio del tipo del lavado de activos, porque con ello queda vinculado a un patrimonio originalmente legal, respecto del cual se tributa*". En AMBOS, Kai. 2015. *Op. Cit.* 302.

²⁴² En el derecho comparado esta posición ha sido sostenido también por AMBOS cuestionando la inexistencia de una relación de causalidad entre el hecho previo (delito tributario) y el dinero presente en el patrimonio del autor. En AMBOS, Kai. 2015. *Op. Cit.* 300p. Esta posición adolece de los mismos errores de la doctrina chilena mencionados en este apartado. *Vid Infra*.

En este trabajo se sostendrá que la redacción del artículo 27 de la ley 19.913²⁴³ no excluiría a la cuota tributaria como objeto material del delito de blanqueo de capitales.²⁴⁴

En lo que respecta a la primera crítica enunciada, no centra su atención en la naturaleza de la cuota tributaria, elemento crucial a efectos de resolver la disputa. En efecto, el dinero producto de la comisión del delito tributario posee sin duda una naturaleza delictual, toda vez que, precisamente, se mantuvo en el patrimonio del autor a causa de un acto de defraudación por medio del cual se infringe obligación tributaria principal. De lo contrario – i.e. de haberse efectuado el pago del impuesto - no hubiese permanecido en el patrimonio del autor o – i.e. de no haberse realizado con fraude – no habría sido merecedor de una sanción penal. En consecuencia, no obstante que los bienes que componen la cuota tributaria impaga han surgido - prima facie - de una actividad lícita, resultan contaminados²⁴⁵ por la comisión del delito tributario, modificando la naturaleza de los mismos hacia un carácter ilícito. Así, la naturaleza delictual de la cuota tributaria, otorgada por la comisión de este delito, permite comprenderla como

²⁴³ El artículo 27, letra a) de la ley 19.913 establece: 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.

²⁴⁴ Se sostiene esto a pesar de las críticas de una parte de la doctrina en la materia. Estos autores expresan que los bienes o dineros representativos de la cuota tributaria ya se encontraban en el patrimonio contribuyente, cuestión por lo cual no podrían *provenir* de la comisión de un hecho delictivo. También en Blanco Cordero, Isidoro. “El delito fiscal como actividad previa del blanqueo de capitales”, pp. 17-19.

²⁴⁵ BLANCO, I. 2011. *Op. Cit.* 21 – 24pp.

objeto material del delito de blanqueo de capitales, con independencia de la actividad originaria.

Conjuntamente, es posible apreciar que el argumento que centra su atención en el origen *prima facie* lícito de los bienes - bajo el concepto “proviene” – tiene su origen en la doctrina española que rechaza la posibilidad que la cuota tributaria sea objeto material del blanqueo.²⁴⁶ Esta postura se sustenta en la frase: “(...) sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva” del Código Penal español. De esta manera, basan su crítica en la referencia explícita del tipo penal a lo que, podría llamarse, fuente generadora de los bienes.²⁴⁷ Sin embargo, el artículo 27 de la ley 19.913 hace referencia a “(...) a sabiendas de que proviene, directa o indirectamente, de la perpetración de hechos constitutivos de alguno de los delitos”. Bajo el tenor literal de la norma chilena no existe ni podría existir ninguna referencia a la fuente ilícita de los bienes como aspecto que legitima su consideración como objeto material del delito, sino más bien al vínculo que estos tengan con el delito base y a la contaminación que hayan podido recibir en dicho

²⁴⁶ Dicha posición ha sostenido, por ejemplo, que “la cuota defraudada no es un bien que necesariamente tiene su origen en un delito y el artículo 301 CP exige que los bienes que se blanquean procedan de un delito o tengan su origen en el mismo.” En GÓMEZ-BENÍTEZ, J. M. 2014. *Op. Cit.* 2p.

²⁴⁷ No obstante, como ya se sostuvo en el capítulo segundo de este trabajo, dicha posición fue descartada por el Tribunal Supremo Español en la sentencia 974/2012 en el caso conocido como “Ballena Blanca”, al señalar: “*Lo que surge es la denominada deuda tributaria, que según el artículo 58.1 LGT está constituida por la cuota o cantidad a ingresar que resulte de la obligación tributaria principal o de las obligaciones de realizar pagos a cuenta. Es decir, el bien que procede del delito fiscal es la cuantía económica correspondiente a la cuota tributaria, que es una cantidad de dinero que constituye normalmente una proporción que se aplica sobre la base imponible (gravamen). Y el dinero, evidentemente, constituye un bien en el sentido del delito de blanqueo de capitales*”. *Vid supra*, 28p. También en Tribunal Supremo Español. 2012. *Op. Cit.* 166p.

devenir (pues tal vínculo puede ser directo o indirecto). Lo relevante, en consecuencia, la conexión de tales bienes con el delito base, con independencia de la fuente primigenia.²⁴⁸ De este modo, tampoco bajo el tenor literal de la norma puede la doctrina justificar su crítica.

Respecto a la segunda crítica, existe un error fenomenológico en la comprensión de los bienes que componen la cuota tributaria. Como ya se dijo, por medio de la representación del concepto “proviene”, sostienen que para ser considerado bien procedente de un delito, debe existir un aumento patrimonial a causa de una relación de causalidad en la que exista un desplazamiento efectivo de bienes desde el punto a, comisión del hecho delictivo, al punto b, patrimonio del autor. En el caso del artículo 97, número 4 del Código Tributario, por su parte, lo que ocurre es que la cuota tributaria defraudada es parte de la base imponible que no fue enterada en arcas fiscales por concepto de pago de impuesto. Lo que importa, en este caso, no es el movimiento efectivo o contable de los bienes objeto de lavado, sino la ausencia del pago del impuesto.²⁴⁹ Esto es lo que transforma la naturaleza de los bienes que componen la cuota tributaria impaga, generando la contaminación de una parte del patrimonio del autor. De esta forma es que dichos bienes pueden ser objeto material del delito de blanqueo de

²⁴⁸ DURRIEU, R. 2013. *Op. Cit.* 3 – 4pp.

²⁴⁹ El profesor Gonzalo Medina sostuvo en Comisión Mixta: “(...) desde una perspectiva fenomenológica no existe, en el caso del delito tributario, un desplazamiento patrimonial típico del lavado, pues se trata simplemente de una parte del activo de una persona o empresa que no ingresa al patrimonio fiscal, pero no hay un movimiento contable que sea la base para configurar una acción típica.”. En Historia de la ley 20.818. *Op. Cit.* 506p.

capitales. Sostener que el concepto “proviene” solo aceptaría un desplazamiento patrimonial efectivo de una estrecha comprensión fenoménica del delito.

Cercano a esta postura se encuentra el profesor Gonzalo Medina, quien al interior de la Comisión Mixta, sostuvo:

“La doctrina moderna considera que la cuota tributaria sí tiene naturaleza delictual, pues respecto a ella pesa sobre el contribuyente una obligación legal positiva de declarar y enterarlo a las arcas fiscales como tributo. (...) la tendencia jurisprudencial contemporánea acoge la teoría moderna, y por tanto es partidaria de que los delitos tributarios integren la nómina de ilícitos base para el lavado de activos.”²⁵⁰

En consecuencia, la cuota tributaria defraudada posee una entidad abstracta – o indeterminada - pero real y se encuentra en el patrimonio del autor. La naturaleza delictual otorgada por la comisión de un delito de naturaleza defraudatoria por medio del cual se incumple la obligación tributaria principal, genera su idoneidad como objeto material del delito de blanqueo de capitales.²⁵¹

²⁵⁰ *Ibíd.*

²⁵¹ Esto sin perjuicio de los criterios para la determinación de la cuota de bienes – en este caso, dinero - que resultan objeto material del blanqueo de capitales. En doctrina extranjera se ha discutido largamente sobre este tópico, existiendo propuestas matemático-porcentuales (BARTON), natural-causalistas (BLANCO), teológicas (ARANGUEZ SANCHEZ), entre otras. Este trabajo adhiere a la tesis de CARO CORIA quien señala que el asunto de la idoneidad o

suficiencia del objeto material de la conducta del blanqueo de capitales debe enfrentarse desde la perspectiva de la imputación objetiva. En el caso específico de este delito, sostiene el autor, la peligrosidad *ex – ante* del objeto se determina por la conexión de los bienes con el delito anterior, lo que normativamente se expresa en: (i) El ámbito de protección de la norma; y como complemento de lo anterior, (ii) al sistema de reglas previas o coetáneas (extrapenales incluso) a la norma penal para el tratamiento de tales objetos. En CARO, D. 2012. Sobre el tipo básico de lavado de activos. En Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa, N°2, Lima, 208p y ss. También en CARO, D. 2015. *Op. Cit.* 164p. y siguientes.

Conclusiones

A lo largo de esta investigación se ha realizado un análisis que intentó abarcar todos los aspectos relevantes en la evolución del delito de lavado de activos. Tal revisión pretendía esclarecer el sentido y estructura de la regulación desde sus orígenes hasta la forma que ha adoptado en la actualidad, tanto en el derecho chileno, en el derecho comparado y en los instrumentos internacionales. Solo de esta manera, podría comprenderse la inclusión o exclusión de los delitos base, con especial mirada a los tipos penales contemplados en el artículo 97, N° 4 incisos primero, segundo, tercero y quinto del Código Tributario.

En lo que respecta al derecho chileno (capítulo primero) se pudo apreciar que el lavado de activos (en España y otros países, blanqueo de capitales) es un tipo cuya estructura está formada por dos injustos típicos: Un delito base - que otorga o convierte en ilícitas ganancias o bienes luego de su comisión – y el delito de blanqueo de capitales propiamente tal – en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económica legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita.²⁵² Dicho lavado se produce por una serie de conductas típicas descritas en la letra “a” y “b” del artículo 27 de la ley 19.913.

²⁵² BLANCO, I. 1997. *Op. Cit.* 101p.

Conjuntamente, en lo relativo los aspectos descritos en el párrafo anterior (delitos base y conductas típicas) el derecho chileno ha manifestado una expansión. Respecto al primer punto, si bien se ha continuado con la idea de mantener un catálogo cerrado de delitos subyacentes al blanqueo de capitales (*numerus clausus*), tales supuestos típicos han ido ampliándose hasta alejarse completamente del mero combate al tráfico ilícito de estupefacientes planteado por la ley 19.366. Ejemplos de esta tendencia son la inclusión – por la ley 19.913 y 20.818 – de los delitos de: entrega de información falsa al mercado (Título XVII del decreto con fuerza de ley N° 3, del Ministerio de Hacienda, de 1997, Ley General de Bancos), piratería (inciso segundo del artículo 81 de la ley N° 17.336), cohecho a funcionarios públicos extranjeros, secuestro, sustracción de menores, producción de material pornográfico con menores de edad, etc. Por su parte, con la entrada en vigencia de la ley 19.913 nuevas conductas típicas se agregaron al tipo penal, pues en un principio, bajo el artículo 12 de la ley 19.366, solo sancionaba a quien “colabore en [el] uso, aprovechamiento o destino” de los bienes provenientes del tráfico ilícito de estupefacientes. En la actualidad las conductas típicas se han ampliado hasta alcanzar en la letra “a” a quien “de cualquier forma oculte o disimule el origen ilícito de determinados bienes – o los bienes mismos - a sabiendas de que provienen, directa o indirectamente, de la perpetración de hechos constitutivos de alguno de los delitos...”. Y en la letra “b” a quien “adquiera, posea, tenga o use los referidos bienes, con ánimo de lucro, cuando al momento de recibirlos ha conocido su origen ilícito”

Tal evolución, sin embargo, resultó irrelevante al tratar de incluir los supuestos típicos contenidos en el artículo 97, N°4 del Código Tributario, siendo objeto de incorporación solo el inciso tercero de aquel número.

Esta inclusión, no obstante, como se pudo apreciar en los capítulos dos y tres de esta investigación, no posee justificación. En efecto, en lo que respecta al derecho comparado (capítulo 2) todas las legislaciones consultadas (influyentes para el derecho chileno) contemplan una regulación en materia de lavado de activos que incorpora a los delitos tributarios como supuestos subyacentes. Tal inclusión de los delitos tributarios, no obstante, ha sido realizada sin matices, pues, ninguno estos Estados ha establecido una distinción entre los distintos tipos para aceptar su inclusión pese a que, al igual que en el derecho chileno, se manifiesta una evolución expansiva de los delitos base (desde listas de tipos penales a catálogos abiertos, con la sola excepción alemana). Tal evolución también se ha manifestado en las conductas típicas y en la sanción del autoblanqueo, pues en la gran mayoría de ellos se acepta tal forma de punibilidad.

A esta misma conclusión se llegó en el capítulo tercero, pues se pudo apreciar que existe en el devenir de los instrumentos y recomendaciones internacionales una clara tendencia hacia la expansión de los delitos bases (y otras manifestaciones típicas), especialmente, a la incorporación de los fraudes tributarios como supuestos base del delito de blanqueo de capitales. La versión

paradigmática de esta evolución es la que exponen las últimas 40 recomendaciones del GAFI

Así, se concluyó en esta revisión que no existían presupuestos normativos en los instrumentos internacionales ni el derecho comparado que permitan excluir el delito tributario – en la manifestación es del artículo 97, N°4 - como delito base del blanqueo de capitales

Finalmente, este trabajo se intentó hacer cargo de las críticas expuestas por la doctrina en la comisión mixta a la inclusión de los fraudes tributarios del artículo 97, N°4. Tales argumentos se manifestaban en una infracción al *ne bis in idem* si se interpretaba conjuntamente la conducta típica de la letra “b” del artículo 27 de la ley 19.913 junto al autoblanqueo y al delito tributario. Lo que se sostuvo en el cuarto capítulo fue que la autonomía conceptual inherente a la sanción del delito de blanqueo de capitales exige que la punibilidad de las conductas recaiga sobre aquellas que paradigmáticamente se encuentran insertas en el delito. Tales conductas, luego de un análisis que incluyó una interpretación conjunta entre la llamada “fenomenología del blanqueo de capitales” y las conductas de la letra “b” del artículo 27, se manifiestan en la fase de ensombrecimiento. De esta manera, se obtendrían las restricciones que exigen los principios jurídico-penales sin establecer exclusiones contrarias a la ley ni limitar los catálogos de delitos base.

Esta conclusión, permite, además, extender el delito tributario como delito antecedente a todas las hipótesis del artículo 97, N°4, y no solo al inciso tercero

como establece la reforma. Así quien realiza cada una de las hipótesis de tal tipo penal no será sancionado por lavado de activos ante un simple acto de agotamiento del delito base. Todo lo contrario, la sanción exigirá que la conducta típica del delito tributario manifieste un plus delictivo superior ligado al ensombrecimiento de los bienes de origen ilícito.

La segunda crítica dirigida a la idoneidad de la cuota tributaria como objeto material del lavado de activos también fue analizada. Así, se sostuvo que tal crítica no centra su atención en la naturaleza delictual de la cuota tributaria, pues no obstante que los bienes que componen han surgido - prima facie - de una actividad lícita, resultan contaminados²⁵³ por la comisión del delito tributario, modificando la naturaleza de los mismos hacia un carácter ilícito. Esto permite comprenderla como objeto material del delito de blanqueo de capitales, con independencia de la actividad originaria.

Adicionalmente, tal crítica, cuyo origen puede encontrarse en la redacción del tipo penal español (los bienes “tienen su origen en una actividad delictiva”) no resulta aplicable en Chile, por la diversa forma en que se encuentran redactados los tipos penales (“a sabiendas de que provienen, directa o indirectamente, de la perpetración de hechos constitutivos de alguno de los delitos”).

²⁵³ BLANCO, I. 2011. *Op. Cit.* 21 – 24pp.

En consecuencia, la cuota tributaria defraudada poseería una naturaleza abstracta pero real y delictual otorgada por la comisión de un delito de naturaleza defraudatoria cuya consecuencia sería modificar bienes que se encuentran en el patrimonio del autor hacia un carácter ilícito, aspecto que los haría idóneos como objeto material del blanqueo de capitales.

Esta investigación pretendía entregar argumentos no solo para legitimar la expansión de los delitos base en materia de lavado de activos y delitos tributarios. También pretendía contribuir a una mejor comprensión del fenómeno que se analizaba, afín de respetar el sistema que conforma el delito y los principios jurídicos que legitiman las sanciones penales.

Bibliografía

ABEL, M.A. 2001. Normativa Internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento español. Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho Penal. Universidad de Santiago de Compostela.

ALVES, J. 2014. Lavagem de dinheiro: surgimento, evolução, conceito e fases. Brasília. [en línea] <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj049159.pdf>> [consulta: 7 septiembre 2015].

AMBOS, K. CARO, D. y MALARINO, E. "Lavado de activos y compliance". Jurista Editores, Lima, Perú. 2015

ASPECTOS DOGMÁTICOS, CRIMINOLÓGICOS Y PROCESALES DEL LAVADO DE ACTIVOS. 2005. Por Norma Bautista "et al". Santo Domingo, Proyecto "Justicia y Gobernabilidad".

AURILIA, E. La nostra analisi sulla proposta di legge sul rientro di capitali (legge 186/2014) che introduce il reato di autoriciclaggio. Cammino Diritto en internet. 29 de enero, 2015. <<http://www.camminodiritto.it/articolosingolo.asp?indexpage=117>> [consulta: 17 agosto 2015]

BACIGALUPO, E. 2012. Sobre el concurso de delitos fiscal y blanqueo de dinero. Thomson Reuters, Navarra, España

BAJO FERNANDEZ, M y BACIGALUPO, S. 2009. Política Criminal y Blanqueo de Capitales. Santiago, Marcial Pons.

BERMEJO, M. 2015. Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Un análisis jurídico-económico. Madrid. Marcial Pons

BLANCO, I. 1997. El Delito de Blanqueo de Capitales. Pamplona, Editorial Aranzadi.

BLANCO, I. 1997. Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Vol. L

BLANCO, I. 2011. El Delito Fiscal como Actividad Delictiva Previa del Blanqueo de Capitales. Madrid, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología

BLUM, Jack, LEVI, Michael, NAYLOR, Thomas y WILLIAMS, Phil.1998. Refugios financieros, secreto bancario y blanqueo. Naciones Unidas. Oficina contra la Droga y el Delito. [en línea] Publicado como número doble 34 y 35 del Boletín de Prevención del Delito y Justicia Penal, núm. 8 de la Serie Técnica del PNUFID. <<https://www.imolin.org/imolin/finhaspa.html>> [consulta: 26 de abril de 2015]

CARO, D. 2012. Sobre el tipo básico de lavado de activos. Lima, Anuario de Derecho Penal Económica y de la Empresa N°2. 204 – 205p. [en línea] <[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/4429ED8AF68F414905257B9B007475BA/\\$FILE/anuario_dcc.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/4429ED8AF68F414905257B9B007475BA/$FILE/anuario_dcc.pdf)> [consulta: 2 septiembre 2015].

COMBATE AL LAVADO DE ACTIVOS DESDE EL SISTEMA JUDICIAL. Por Isidoro Blanco “et al”. 2014. 3ª ed. Washington D.C, U.S.A. Organización de los Estados Americanos.

CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL

D’Albora (h), F. J. Lavado de dinero y delito tributario. NDP, 2001-A, Buenos Aires, Argentina.

DEL CARPIO, J. “La posesión y la utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo de capitales”. Revista General de Derecho Penal 15. 2011.

DURRIEU, R. El delito tributario y el lavado de activos. 2013. Buenos Aires, Diario La Ley, año LXXVII, N°87.

EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS COMO DELITO AUTÓNOMO. Por Ricardo Pinto “et al”. 2005. CICAD, Organización de Estados Americanos, Washington D.C

FARALDO, P. 2014. Antes y después de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales. Estudios penales y Criminológicos, vol XXXIV

FARALDO, P. 2012. El blanqueo de capitales tras la reforma de 2010. Revista de Inteligencia núm. cero, primer trimestre.

FERNÁNDEZ, J.A. 2009. Fraude Fiscal y Lavado de Capitales.[en línea] Polít. crim. Vol. 4, No 7, http://www.politicacriminal.cl/Vol_04/n_07/Vol4N7A5.pdf [Consulta: 20 de febrero de 2015]

GÁSLAC, LI. El delito de defraudación tributaria. Una revisión a la legislación vigente. [en línea] <<http://www.teleley.com/revistaperuana/9gaslac-68.pdf>> [consulta: 2 septiembre 2015].

GÓMEZ-BENÍTEZ, J. M. “El delito previo al delito de blanqueo de capitales y a vueltas con el delito fiscal”. 2014. Gómez-Acebo & Pombo

GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA DE SUDAMERICA, 2012. Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación. las recomendaciones del GAFI. [en línea] <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf> [consulta: 26 febrero 2016]

HERNÁNDEZ, H. Límites al tipo objetivo de lavado de dinero. Delito, Pena y Proceso. Libro Homenaje a la memoria del Prof. Tito Solari Peralta. Editorial Jurídica De Chile. 2008.

HERNÁNDEZ, H. 2009. Criterios de actuación en materia del delito de lavado de dineros y otros tipificados en la ley 19.913. Santiago, Informe en Derecho a Ministerio Público. Oficio FN N°16/2009.

Biblioteca del Congreso Nacional. 2015. Historia de la Ley 20.818. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1074860>> [consulta 26 febrero 2016]

Biblioteca del Congreso Nacional. 2000. Historia de la ley 19.913. [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/3913/1/HL19913.pdf>> [consulta 26 febrero 2016]

LASTRA D. y ANDUEZA D. 2009. El tratamiento del Lavado de Dinero en Chile ante la normativa de la ley 19.913. Santiago, Editorial Metropolitana.

LAVADO DE ACTIVOS DESDE EL SISTEMA JUDICIAL. 2014 Por Isidoro Blanco “et al”. 3ª Ed. Washington, D.C. Organización de Estados Americanos.

LONGONI, M. Giustizia: l'evasione fiscale sanzionata come riciclaggio. Il Manifesto en internet 12 de marzo de 2015. <<http://www.ristretti.org/Le-Notizie-di-Ristretti/giustizia-levasione-fiscale-sanzionata-come-riciclaggio>> [consulta: 17 agosto 2015].

MAÑALICH, J.P. 2010. Norma e Imputación como categoría del hecho punible. Santiago, Revista Estudios de la Justicia, N°12.

MARTINEZ, D. 2011. El delito fiscal y el delito de blanqueo de capitales en Alemania. Crónica Tributaria, Num. 141/2011

OLIVIER, G. 2004. Aproximación al delito de cohecho. Revista Estudios de la Justicia, N° 5, Santiago.

ORSI, O. A. 2007. Lavado de Dinero de Origen Delictivo. Buenos Aires, Editorial Hammurabi s.r.l,

POLITOFF, S. 1999. Lavado de Dinero y Tráfico Ilícito de Estupefacientes. Santiago, Editorial Jurídica.

PONS, P. Comentarios al proyecto de ley de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo: nuevas obligaciones para entidades financieras y otros sujetos obligados. Barcelona, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 25-2010.

PRADO, V. R. 2008. El delito de lavado de dinero en el Perú. [en línea] <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_63.pdf> [consulta: 2 septiembre 2015].

PRAMBS, C. 2005. El Delito de Blanqueo de Capitales. Santiago, LexisNexis.

PÉREZ MANZANO, M. 2007. Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: El ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales. En BAJO FERNANDEZ, M y BACIGALUPO, S. 2009. Política Criminal y Blanqueo de Capitales. Santiago, Marcial Pons.

QUINTERO, G. Receptación y Blanqueo de Capitales. 2012, Fundació para la Universitat Oberta de Catalunya. [en línea] <[https://www.exabyteinformatica.com/uoc/Dret/Derecho_penal_economico/Derecho_penal_economico_\(Modulo_6\).pdf](https://www.exabyteinformatica.com/uoc/Dret/Derecho_penal_economico/Derecho_penal_economico_(Modulo_6).pdf)> [consulta: 26 febrero 2016]

REGIS, L. 2013. El nuevo tratamiento penal del blanqueo de capitales en el derecho brasileño (LEY 12.683/2012). Buenos Aires, Centro de Investigación interdisciplinaria en Derecho Penal Económico.

RENART, F. 1997. El blanqueo de capitales en el derecho suizo. Revista del poder judicial, N° 50, 1998.

Suprema Corte di Cassazione, Sezione vi Penale, sentenza 26 de noviembre de 2009 N° 45643. [en línea]

<[http://www.altalex.com/documents/massimario/2010/01/05/riciclaggio-
associazione-di-stampo-mafioso-ammissibilita-sussistenza](http://www.altalex.com/documents/massimario/2010/01/05/riciclaggio-associazione-di-stampo-mafioso-ammissibilita-sussistenza)> [consulta: 17 agosto 2015].

TILLEN, J. and BILLINGS, L. 2014. Anti Money Laundering in 24 jurisdictions worldwide [en línea] < https://www.amt-law.com/res/news_2014_pdf/140623_3868.pdf> [consulta: 26 febrero 2016]

TOSO, A. 2008. Blanqueo de Capitales. Su prevención en el ordenamiento jurídico chileno. Santiago, Revista Chilena de Derecho, vol. 35 N° 3,

Tribunal Supremo Español. 2012. Rol 974/2012, Caso “La Ballena”. [en línea] <http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/6603543/Dolo/20130116> [consulta: 26 febrero 2016]

VAN WEEZEL, A. 2007. Delitos Tributarios. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile.