



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**LAS ORGANIZACIONES CRIMINALES,
EL LAVADO DE ACTIVOS Y LA TRIBUTACIÓN DE ILÍCITOS.
ANÁLISIS COMPARADO ENTRE LA LEGISLACIÓN CHILENA Y
ESPAÑOLA.**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

FRANCISCO ANTONIO BUSTOS DONOSO

PROFESOR GUÍA: EDUARDO MORALES ROBLES

2018

TABLA DE CONTENIDOS

Resumen	5
Introducción	7
Organizaciones criminales	11
<u>Conceptos básicos</u>	11
Delito de blanqueo de capitales	15
<u>Evolución histórica</u>	15
<u>El concepto en la legislación chilena</u>	23
Tipos penales básicos	28
Bien jurídico	37
Objeto material y sujeto activo	40
<u>Concepto en la legislación española</u>	41
Tipos básicos del delito de blanqueo de capitales	46
Bien jurídico protegido	47
Objeto material y sujeto activo	49
Tributación de rentas ilícitas	51
<u>Legislación chilena</u>	51
<u>Legislación española</u>	59
Conclusión	81
Bibliografía.....	83

RESUMEN

El trabajo tiene por objeto realizar un estudio del delito de blanqueo de capitales desde una perspectiva de Derecho comparado, estudiando tanto la legislación chilena como la española. Para ello, estudia los principales tipos penales en cada legislación, analizando los bienes jurídicos protegidos, objeto material y sujeto activo. Luego, se sostiene que ambas legislaciones permiten la tributación de rentas ilícitas, justificando la misma a través de la ley, jurisprudencia doctrinal y judicial.

INTRODUCCIÓN

Las organizaciones criminales son emprendimientos ilícitos cada vez más presentes en nuestras sociedades, estructurándose como auténticas obras de ingeniería que, en el seno de sus sofisticadas estructuras empresariales, hacen rentable el ser delincuentes.

Dichas organizaciones vienen actuando hace un buen tiempo por encima de las barreras nacionales, teniendo sofisticadas estructuras, encargadas tanto de complejas operaciones delictivas como de optimizar su rentabilidad, recurriendo para ello a la denominada ingeniería financiera, la que realizan, principalmente, a través del delito de blanqueo de capitales, prescindiendo de las fronteras en busca de las condiciones más idóneas para sus operaciones de re inserción monetaria.

Actualmente, existe una constante en las legislaciones, así como en la dogmática penal, de tratar de evitar que la comisión del delito pueda producir el más mínimo enriquecimiento a sus autores y partícipes. Es por esto que la lucha se ha centrado no solo en evitar el delito, sino que también en afectar los beneficios y productos de aquél, cuya inserción en el mercado financiero produce grandes estragos, tanto en la economía como en la sociedad en general.

El lavado de dinero afecta diversos bienes jurídicos, tanto de carácter individual como colectivo, es decir, se trata de un delito pluriofensivo. Sin embargo, como veremos a lo largo de esta tesis, por tratarse de un delito económico, el bien jurídico Orden Económico destaca dentro de otros objetos de protección. Los delitos económicos se cometen abusando de la confianza socialmente depositada en el tráfico económico y alterando con ello el normal funcionamiento de los mercados, lo que genera consecuencias a nivel nacional e internacional.

Hoy en día, las personas que hacen de la comisión permanente y reiterada de delitos su forma de vida, se encuentran con que sus actividades les producen beneficios cada vez más altos, viéndose en la necesidad de buscar formas sofisticadas de hacer rentables y ocultar dichas ganancias, maximizando los beneficios y disminuyendo sus riesgos.

Dichas organizaciones criminales para poder lograr los resultados queridos, utilizan los beneficios que les otorga la globalización, a saber:

- La gran facilidad de desplazamiento entre países. Incluso convenios de entrada y salida de sus territorios (caso de la Comunidad Europea para sus nacionales y Sudamérica, para los países que han suscrito acuerdos).
- La rapidez e inmediatez de las comunicaciones actuales, así como la facilidad de transacciones internacionales y el poco control que existe de aquellas en diversos países o territorios de baja fiscalidad y escasa colaboración (Islas Caimán, Luxemburgo, Suiza, etc.)
- Aquellas organizaciones, por manejar cada vez montos más elevados, requieren de una mayor profesionalización y sofisticación en su actuar, lo que se ha ido consiguiendo.
- El sistema financiero y bancario, gracias a la complejidad que este presenta y las dificultades de fiscalización que tiene, ha sido utilizado para estas operaciones criminales, aprovechándose de la reacción lenta que ha existido a nivel mundial.

El lavado de dinero no conoce las distancias, y el espacio físico tampoco se presenta como obstáculo. Le es indiferente realizar una transacción a Chile desde Suiza o Tanzania, solo debe tener en cuenta los costos financieros, económicos y por sobre todo, judiciales. Así, el dinero se alejará de las zonas de mayor resguardo, llegando a aquellas de menor control.

Es por estas razones, que los países que son considerados paraísos fiscales se vuelven tan importantes para estas organizaciones. Por ello, el esfuerzo de toda la comunidad internacional es terminar con las legislaciones flexibles de dichos países, que permiten que la delincuencia organizada pueda seguir financiando actividades delictivas de toda índole, ya sea terrorismo, cohecho, estafa, defraudaciones tributarias, etc.

La criminalidad organizada, como señalábamos anteriormente, para poder "lavar" el dinero obtenido ilícitamente, utiliza las formas más variadas y diversas, entre las que podemos encontrar, la creación de sociedades falsas o bien la compra de supuestas propiedades a precios más altos de los efectivamente pagados. Es por lo anterior, que la tributación de las ganancias no justificadas o la tributación de ingresos ilícitos resulta ser uno de los temas de mayor discusión de la actualidad.

Lo anterior hace necesaria una definición acerca de la posibilidad de sujeción a las normas impositivas de aquellos ingresos y, luego de ello, una vez establecido el carácter de hecho gravado de dichos ingresos, se exige determinar si es posible perseguir la responsabilidad penal de aquellos que han omitido tributar sobre los ingresos en términos ofrecidos por la ley.

La tesis que sostendré en mi investigación es que dichos ingresos provenientes de fuente ilícita, sí dan origen al hecho imponible, y que ese hecho imponible efectivamente sirve de base idónea a las normas que tipifican la omisión de tributación de ingresos ilícitos.

Para desarrollar mi respuesta, la abordaré a partir de las legislaciones chilena y española, pasando por una revisión somera de las organizaciones criminales, el concepto de blanqueo de capitales, su origen y su consagración, para finalmente dedicarme al tema central, la posibilidad de tributación de las ganancias ilícitas en materia de renta en las organizaciones criminales,

originadas de delitos. Lo anterior, mirado desde el punto de vista tanto de las personas naturales como jurídicas.

ORGANIZACIONES CRIMINALES

CONCEPTOS BASICOS

Una organización criminal es una actividad continua, manifestada a través de la reiteración de acciones delictivas de diversa índole, enderezadas a lucrar con la apertura, mantenimiento y explotación del mercado de bienes y servicios, efectuadas por entes jerárquicamente estructurados, y como regla, dotados al efecto de recursos materiales y redes especialmente ilimitadas de operación”¹.

Las organizaciones criminales son el punto de partida de nuestro trabajo. La profesionalización que éstas han tenido, ha producido que las legislaciones actuales tengan dentro de su política criminal como principal fin, el acabar con ellas y prevenir los delitos que éstas llevan asociados.

El término “organización” engloba una serie de características: implica un comportamiento conjunto medianamente homogéneo y dirigido a la prosecución de alguna finalidad, determinada cantidad de integrantes y permanencia en el tiempo. Al encontrarnos ante una organización que exhibe un comportamiento coordinado, una suerte de régimen regulador a la hora de la toma de las decisiones, es decir, contar con una jerarquía clara, o bien, criterios de actuación previamente definidos, teniendo una clara diferenciación de roles, lo que implica que se aumenten los grados de eficacia en la gestión de la “organización”².

¹ BUNSTER, ÁLVARO. 1995. Conferencia sobre la delincuencia organizada. Valparaíso, Universidad de Valparaíso. En esta exposición se nos da el primer concepto de organización criminal como tal, en Chile, concibiéndola como una empresa de la delincuencia, donde a cada persona le corresponde un rol, y a la que muchos desean entrar para poder asegurar su vida, o bien salir de la pobreza en que se encuentran sumidos.

²ORSI, O. 2007. Sistema penal y crimen organizado, estrategias de aprehensión y criminalización del conflicto. Buenos Aires, Editores del Puerto. Págs. 3-7. Este autor hace referencia a las organizaciones

El crimen organizado ya no responde a los límites nacionales propios de la mafia siciliana, ese tiempo ya quedó en el pasado, y hoy dichas organizaciones presentan más apariencia de una empresa transnacional que traspasa las fronteras dentro de las que se actúa, buscando las mejores condiciones que le dé el mercado.

Generalmente, una organización criminal se forma y crece en torno a un mercado de bienes o servicios; dicha actividad es continua, relativa a múltiples hechos delictivos o giros, y se realiza por varios sujetos organizadamente distribuidos y jerarquizados en frentes y actividades diversas³, bien estructuradas, las que presentan un profesionalismo similar al de cualquier empresa. En otras ocasiones, éstas no son partícipes del delito base, es más, no presentan relación ni conocimientos del delito base, hasta que los autores de esos delitos se acercan a ellas para que, por un tanto por ciento, les realicen las tres fases necesarias del blanqueo de capitales⁴:

- Colocación: Viene a ser la primera fase y es la introducción en el sistema económico de los fondos obtenidos ilegalmente, ya sea ingresándolos en cuentas bancarias, cambiándolo a divisas, o bien, adquiriendo objetos de mayor valor fácilmente transferibles.

criminales presentándolas como un ente compuesto de tres aspectos que componen lo que podríamos entender como organización criminal en el Derecho Penal.

³SZCZARANSKI, C. 2004. Algunas reflexiones sobre el lavado de activos y el crimen organizado. En: Seminario Asociación ilícita, experiencias y tendencias actuales. 18 y 19 de octubre de 2004. Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Se sostuvo por la autora que las organizaciones criminales unen actividades ilícitas con lícitas, ya que las primeras se financian con las segundas (...) Mezclando de manera intrincada, difícil de reconocer, recursos lícitos e ilícitos, uniéndose en actividades legales con inversionistas limpios, de los cuales es muy difícil distinguirlos. He ahí lo que se expondrá en este trabajo, lo difícil que resulta, muchas veces, el diferenciar el dinero lícito del ilícito, y el hacer tributar a aquél que actúa lícitamente y eximir de tal tributación al delincuente, vulneraría todo principio de igualdad y de capacidad contributiva consagrada por las legislaciones modernas.

⁴PARDO, M. 2005. El delito de blanqueo de capitales, responsabilidad y comiso. Madrid, Instituto Universitario de Investigación sobre Seguridad Interior. Pág. 2. Se tomará la opinión de este autor en cuanto a las 3 fases necesarias para el blanqueo de capitales, es decir, la colocación, la estratificación o transformación, la integración y la devolución del dinero a sus dueños ya plenamente integrado en el sistema financiero y puesto en el lugar del mundo que les soliciten.

- Estratificación o transformación: En esta etapa se busca separar el origen ilícito del dinero, dificultando con eso la identificación de los partícipes, del titular de los fondos, etc.
- Integración: En esta etapa, el dinero ya blanqueado se invierte en negocios, acciones, empresas, es decir, ingresa al sistema financiero como dinero “limpio”.

En su gran mayoría, las organizaciones criminales justifican su actuación en obtener un beneficio económico, sin embargo, la variedad de formas que aquéllas presentan en la actualidad y los diferentes fines que estas poseen, nos muestran que hay casos en que no buscan un beneficio económico sino, como era el caso de la ETA en España, que pese a actuar como una organización criminal, no tienen un claro interés económico, sino que más bien su fin es el terrorismo o más de fondo, la independencia del país Vasco de España. La obtención de recursos es el medio a través del que se persigue la independencia del Estado.

Similar caso sucede en Irlanda con el IRA, o bien en Palestina, con los grupos que pelean la supremacía del poder o buscan un Estado Palestino.

Es por lo anterior, que estimamos, al igual que Omar Orsi⁵, en cuanto a que no siempre se busca un beneficio económico, y éste no debe ser un criterio para poder estimar a la organización como tal, sino que debe estar referido a la jerarquización, distribución de roles, permanencia y finalidades que estas tengan para que sean consideradas como tales.

Es por todo lo señalado anteriormente, que la Política Criminal actual busca penetrar en las estructuras de los bancos e instituciones financieras responsabilizándolas de las tareas de control, asegurando transparencia de sus operaciones, estableciendo mecanismos de información verificables por la

⁵ORSI, O. 2007. Op. Cit., pp. 7-36.

autoridad pública, introduciendo finalmente, un sistema de sanciones incluidas las penales, adecuadas a las formas jurídicas con las que aquellas se revisten⁶. Así es como, a los agentes bancarios y financieros se les exige más que al resto de la población en la lucha contra esta modalidad de crimen organizado. Lo anterior, en razón que ellos presentan una mayor profesionalización en el tema, por eso es que con ellos la norma puede ser más exigente al regular sus actuaciones.

⁶CERVINI, R., CESANO, J. D., y TERRADILLOS, J.M. 2008. El delito de blanqueo de capitales de origen delictivo. Cuestiones dogmáticas y político criminales. Un enfoque comparado: Argentina, Uruguay y España. Buenos Aires, Ediciones Alveroni. En el mismo sentido, RABINSTEIN, A. 2008. Prevención del lavado de activos y financiación del terrorismo en América Latina. Curso Superior de Prevención de Blanqueo de Capitales, 5° Edición. Madrid, Universidad de Alcalá e Instituto de Estudios Fiscales.

EL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALS:

En este capítulo, analizaremos la evolución que ha tenido este delito, la concepción de éste en los Códigos penales español y chileno, las características que presenta el sujeto activo, el bien jurídico protegido y la utilidad que presenta el comiso, como está concebido hoy, para desbaratar las organizaciones dedicadas a la ejecución de este tipo de delitos.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA:

A pesar de existir una amplia preocupación internacional por este tipo de delitos, al momento de plasmar dicha preocupación en legislaciones nacionales, ello no ha sido posible, debido principalmente, a la carencia de puntos de referencia compartidos internacionalmente, lo que dificulta la articulación de estrategias supra-estatales. Pese a lo anterior, sí existen algunas formas de esta delincuencia en las que sí ha habido significativos avances, se trata de aquellas formas de delincuencia sobre cuya necesidad de minimización existe cierto consenso, por ejemplo, terrorismo, tráfico de drogas, trata de blancas, etc.

En cuanto a la evolución legislativa internacional que tuvo el blanqueo de capitales, haremos una mención meramente enunciativa, de las diversas convenciones, directivas, convenios marcos y acuerdos, de una manera cronológica:

- 1) En primer lugar, encontramos la Recomendación 10 de 27 de junio de 1980, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa a las medidas contra las transferencias y el encubrimiento de capitales de origen delictivo. En estas recomendaciones encontramos una de las primeras manifestaciones internacionales de represión al blanqueo de capitales entre países. En dicha recomendación, se estima que la transferencia de capitales de origen delictivo de un país a otro y el

blanqueo de los mismos introduciéndolos en el circuito económico provoca graves problemas, fomenta la comisión de nuevos actos delictivos y en consecuencia, amplía el fenómeno tanto a escala nacional como internacional⁷.

- 2) Luego, en el año 1982, la Organización de las Naciones Unidas, sugiere, en el documento sobre Estrategias y Políticas Internacionales de Fiscalización de Drogas, “identificar transacciones financieras vinculadas al tráfico ilícito de drogas y disponer que las sentencias garanticen la pérdida, por los traficantes, de cualquier beneficio que hubieren obtenido”.

Las estrategias se limitan a regular al tráfico de drogas, pero no se analiza el fondo del blanqueo de capitales⁸.

- 3) Posteriormente, y como una antesala a lo que vendría, tenemos la Declaración de Basilea, de 12 de diciembre de 1988, aprobada por el Comité sobre Regulación y Supervisión Bancaria. Considera que los bancos e instituciones financieras pueden servir para la transferencia o depósito de fondos de origen criminal, ocultando el verdadero origen o propietario de los fondos. En dicha declaración se trata por primera vez la “identificación del cliente”, como una forma de poder determinar el origen de los bienes.
- 4) Con la Convención de las Naciones Unidas sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988, conocida como Convención de Viena, se inaugurará una política criminal de tipificación

⁷ CONSEJO DE EUROPA. Recomendación N° R (80) 10. Adoptada por el Comité de Ministros el 27 de Junio de 1980, durante la 321 reunión de los Delegados de los Ministros.

⁸PRADO, V. 1994. El delito de lavado de dinero. Su tratamiento penal y bancario en el Perú. Lima, Idemsa. Viene a ser una llamada de atención, a privar a los narcotraficantes de los beneficios de su lucrativa delincuencia, pero sin entrar en la necesidad de la criminalización específica del blanqueo de capitales. Lo anterior demuestra el creciente interés en la doctrina penal de la regulación del blanqueo de capitales, para poder detener el delito base del mismo, los que en esa época eran terrorismo, narcotráfico y los delitos de corrupción del Estado.

autónoma del delito de lavado de activos, política que se irá extendiendo con el paso de los años⁹.

En el Art.3º se define por primera vez qué se debe entender por el delito de blanqueo de capitales de forma autónoma, siempre y cuando digan relación con el tráfico ilícito de drogas y sustancias psicotrópicas. Se buscó que todos los estados miembros lo consagraran en sus legislaciones penales internas como delito¹⁰.

- 5) En el año 1990, el Grupo de Acción Financiera Internacional, dicta las cuarenta recomendaciones sobre blanqueo de dinero, adoptadas en febrero de 1990.

Constituye el marco básico de lucha contra el blanqueo de capitales, concibiendo las medidas para su aplicación universal. Abarcan el sistema jurídico penal y policial, el sistema financiero y su reglamentación, y la cooperación internacional.

En ellas se reconoce desde el principio, que los países tienen sistemas jurídicos y financieros diferentes, de modo que todos ellos no pueden adoptar las mismas medidas. Por lo tanto, las recomendaciones vienen a

⁹CERVINI, R., CESANO, J. D., y TERRADILLOS, J.M. 2008. Op. Cit. Pág. 214. En este punto, los autores plantean que con la expansión que se produce de la política criminal de represión del delito de blanqueo de capitales, se rompe con los principios más asentados en los sistemas penales democráticos, llegando incluso a pensarse los actos penales preparatorios de los actos preparatorios, o bien, formas de participación tan lejanas que difícilmente encuentran nexo con el delito del que se pretende parten. Con la finalidad expresa de criminalizar el mayor número posible de conductas relacionadas inicialmente con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Y para terminar, posteriormente, abarcando todos los delitos.

¹⁰Artículo 3º: 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 de 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 ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito de o de eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones.
- 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.
- 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.

ser los principios de acción común en materia de blanqueo de capitales que los países deben aplicar, de acuerdo con sus circunstancias particulares y su marco constitucional, dejando a los países cierta flexibilidad en su aplicación, en lugar de obligarlos a cumplir con todos los detalles.

- 6) Posteriormente, los Estados miembros del Consejo de Europa, dictan el Convenio sobre el blanqueo, seguimiento, embargo y confiscación del producto de los delitos, conocido también como Convenio de Estrasburgo. En éste se insta a los estados miembros a establecer medidas legislativas para favorecer las investigaciones de actividades de blanqueo de capitales, la confiscación de los bienes producto del blanqueo, dotación de medios para la lucha contra el blanqueo y la mutua cooperación entre los estados miembros.

Este convenio junto al de Viena, supone una de las iniciativas más importante en la lucha internacional contra el blanqueo de capitales. Sin embargo, este último convenio, fue considerado más técnico y prolijo que el anterior, por la mayoría de los autores¹¹.

- 7) Luego, se celebra la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, del año 2000, también conocida como Convención de Palermo, que viene a ser el principal documento de lucha contra la delincuencia organizada.

En ella se reconoce la falta de control de algunos países, como también, la facilidad de cambiar de soberanía, que las transacciones internacionales beneficiaron y otorgaron una serie de ventajas y

¹¹ ÁLVAREZ P., D. y EGUIDAZU P., P. 1997. La prevención del blanqueo de capitales. Pamplona, Editorial Aranzadi. P.66. Dichos autores plantean dos grandes diferencias con la Convención de Viena, las cuales resultan ser un verdadero aporte. En primer lugar, tenemos que el desarrollo técnico de su articulado y, en segundo lugar la más trascendente en referencia al blanqueo, cual es la consideración extensiva de la figura del blanqueo a cualquier actividad delictiva y no solamente a los delitos relacionados con las drogas. En este mismo sentido, BLANCO, I. 2012. El delito de blanqueo de capitales. Pamplona, Editorial Aranzadi. P. 111 y ss.

facilidades para el blanqueo de capitales, de tal modo que fue necesaria la celebración de esta convención, con el propósito de combatir las nuevas formas de delito surgidas a través de la criminalidad organizada transnacional¹².

- 8) El 10 de junio de 1991, se dicta por el Consejo de la Comunidad Europea, la Directiva 91/308/CEE, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales. En dicho documento se cita la utilización de las entidades de crédito para el blanqueo del producto de actividades delictivas y la amenaza que supone para la solidez y estabilidad de las instituciones financieras en particular, y para la credibilidad del sistema financiero en su conjunto. Se trata también, la influencia del delito de blanqueo de capitales en el aumento de la delincuencia organizada y el tráfico de estupefacientes; se plantea la necesidad de una norma comunitaria, hasta ese momento inexistente, contra el blanqueo de capitales, que unificara los criterios a seguir e impidiera la adopción por parte de los estados miembros de medidas incompatibles con las libertades comunitarias.

Uno de los principales aspectos a destacar es la expansión del concepto de blanqueo de capitales, ya que la directiva la extiende a los delitos de delincuencia organizada y el terrorismo¹³.

¹² Se establece en el artículo 2° lo que se debe entender por grupo delictivo organizado, que se entenderá por un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

¹³ Artículo 1° el blanqueo de capitales comprende las siguientes acciones cometidas intencionalmente:

- a. La conversión o la transferencia de bienes, siempre que el que las efectúe sepa que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de una participación en ese tipo de actividad, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a toda persona que esté implicada en dicha actividad a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos;
- b. La ocultación o el encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimiento o de la propiedad de bienes o derechos correspondientes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de una participación en ese tipo de actividad;

9) El 4 de diciembre de 2001, el Parlamento y el Consejo Europeo dicta la Directiva 2001/97/CE, que modifica la Directiva 91/308/CE del Consejo relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales.

Dicha modificación amplía el concepto de entidad financiera y extensión que se hace de los productos procedentes de la participación delictiva en la comisión de delitos graves.

La Directiva contempla la asociación para cometerlos y la tentativa de perpetrarlos, con la advertencia expresa de que existe blanqueo aun cuando las actividades generadoras de los bienes se hayan desarrollado en el territorio de otro Estado miembro o en el de un tercer país.

10) El 26 de octubre de 2005, el Parlamento Europeo y el Consejo, dictan la Directiva 2005/60/CE, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales, incluida la financiación del terrorismo. Ésta, persigue dos objetivos fundamentales, el primero de ellos, actualizar la definición de delitos bases sobre blanqueo de dinero, aquellos sancionados con más de un año de prisión, y en segundo lugar, incluir la financiación del terrorismo¹⁴ como parte de la definición de blanqueo de capitales.

Con las legislaciones internacionales, ya señaladas, podemos ver el avance que han tenido las normativas internacionales, fruto de la gran preocupación que existe a nivel mundial de detener el blanqueo de capitales y

c. La adquisición, tenencia o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que proceden de una actividad delictiva o de una participación en ese tipo de actividad;

d. La participación en alguna de las acciones mencionadas en los tres puntos precedentes, la asociación para cometer ese tipo de acciones, las tentativas de perpetrarlas, el hecho de ayudar, instigar o aconsejar a alguien para realizarlas o el hecho de facilitar su ejecución.

¹⁴ Se define la financiación del terrorismo como el suministro o la recogida de fondos, por cualquier medio, de forma directa o indirecta, con la intención de utilizarlos o con el conocimiento de que serán utilizados, íntegramente o en parte, para la comisión de cualquiera de los delitos contemplados en los artículos 1 o 4 de la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo.

los delitos bases que se encuentran en ellos, como el terrorismo, los delitos tributarios, los delitos urbanísticos y los delitos de corrupción de la administración pública, delitos que como podemos ver, afectan directamente el normal funcionamiento del Estado, afectan la posibilidad de competir en igualdad de condiciones, así como el orden público económico y el libre intercambio de bienes.

EL CONCEPTO EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

El origen de la sanción al blanqueo de capitales en nuestro país, desde el punto de vista penal, tuvo su comienzo al combatir el lavado de aquellos fondos provenientes de actividades relacionadas con las drogas. Sin embargo, en la actualidad, y haciendo eco de los convenios, directivas, tratados y demás legislación a nivel mundial, los textos legales vigentes apuntan a la prevención y sanción de este delito, contemplando cualquier participación en determinados delitos sancionados con una determinada pena por el ordenamiento jurídico.

Actualmente, la normativa vigente está compuesta principalmente por la Ley N°19.913, publicada en el Diario Oficial con fecha 18 de diciembre de 2003, en ella se crea la unidad de análisis financiero y modifica diversas disposiciones en materia de blanqueo de capitales; Ley N°20.119, cuerpo legal publicado con fecha 31 de agosto de 2006, que modifica diversos aspectos de la ley anterior, relativos al sistema preventivo; y Ley N°20.818, publicada en el Diario Oficial con fecha 18 de febrero de 2015, que perfecciona los mecanismos de prevención, detección, control, investigación y juzgamiento del delito de lavado de activos.

La Ley N°19.913, en sus artículos 3° y 4°¹⁵, se encarga de decirnos quiénes son las personas y entidades que están obligadas a informar a la

¹⁵ Art. 3° Las personas naturales y las personas jurídicas que se señalan a continuación, estarán obligadas a informar sobre operaciones sospechosas que adviertan en el ejercicio de sus actividades: 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; las casas de cambio y otras entidades que estén facultadas para recibir moneda extranjera; las emisoras u operadoras de tarjetas de crédito, tarjetas de pago con provisión de fondos o cualquier otro sistema similar a los referidos medios de pago; las empresas de transferencia y transporte de valores y dinero; las bolsas de valores y las bolsas de productos, así como cualquier otra bolsa que en el futuro esté sujeta a la supervisión de la Superintendencia de Valores y Seguros; 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

Unidad de Análisis Financiero – en lo sucesivo UAF -, ciertos movimientos que sean sospechosos e indiciarios de blanqueo de capitales, guardar información por el plazo mínimo de cinco años y remitir los antecedentes de operaciones sospechosas, para confirmar dicha sospecha y como consecuencia de los artículos 5º, 6º y 7º¹⁶ establecen prohibiciones, obligaciones y sanciones en el

martillo; los corredores de propiedades y las empresas dedicadas a la gestión inmobiliaria; los notarios; los conservadores las administradoras de fondos de pensiones; las organizaciones deportivas profesionales, regidas por la ley Nº 20.019; las cooperativas de ahorro y crédito; las representaciones de bancos extranjeros y las empresas de depósito de valores regidas por la ley Nº 18.876.

Se entiende 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 o pudiera constituir alguna de las conductas contempladas en el artículo 8º de la ley Nº 18.314, o sea realizada por una persona natural o jurídica que figure en los listados de alguna resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, sea que se realice en forma aislada o reiterada.

Corresponderá a la Unidad de Análisis Financiero señalar a las entidades a que se refiere este artículo, las situaciones que especialmente habrán de considerarse como indiciarias de operaciones o transacciones sospechosas, en sus respectivos casos.

Para los efectos de la obligación señalada en el inciso primero de este artículo, las personas allí indicadas deberán designar un funcionario responsable de relacionarse con la Unidad de Análisis Financiero.

Las disposiciones legales, reglamentarias, contractuales o de cualquier otra índole sobre secreto o reserva de determinadas operaciones o actividades no impedirán el cumplimiento de la obligación de informar establecida en el presente artículo. Lo anterior es también aplicable si la Unidad solicita la entrega o exhibición de los antecedentes que el sujeto obligado tuvo en consideración para reportar la operación sospechosa.

Las superintendencias y los demás servicios y órganos públicos señalados en el inciso segundo del artículo 1º de la ley Nº 18.575, orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, estarán obligados a informar sobre operaciones sospechosas que adviertan en el ejercicio de sus funciones. Sin perjuicio de lo anterior, estas entidades no estarán sujetas a las obligaciones contenidas en el inciso cuarto de este artículo y a lo dispuesto en el artículo 5º de esta ley, así como tampoco a las sanciones y al procedimiento establecido en el Título II de la presente ley.

La información proporcionada de buena fe en conformidad a esta ley, eximirá de toda responsabilidad legal a quienes la entreguen.

Art. 4º El deber de informar previsto en el artículo precedente será también exigible a todo aquel que porte o transporte moneda en efectivo o instrumentos negociables al portador, desde y hacia el país, por un monto que exceda los diez mil dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en otras monedas. En estos casos, la información será recabada directamente por el Servicio Nacional de Aduanas y remitida por éste a la Unidad de Análisis Financiero.

¹⁶ Art. 5º Las entidades descritas en el artículo 3º deberán además mantener registros especiales por el plazo mínimo de cinco años, e informar a la Unidad de Análisis Financiero cuando esta lo requiera, de toda operación en efectivo superior a cuatrocientos cincuenta unidades de fomento o su equivalente en otras monedas.

caso de incumplimiento de estas personas y entidades que deben cumplir con las obligaciones ya descritas.

En el mismo artículo 3°, inciso 2° la ley se encarga de definir qué se debe entender por operación sospechosa: “Se entiende 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”.

Con el objeto de precisar qué es una “operación sospechosa”, la Unidad de Análisis Financiero, con fecha 31 de mayo de 2006, dictó la circular N°0008, que se refiere a las señales de alerta indiciarias de lavado o blanqueo de activos, para el sistema financiero y otros sectores, en la cual se incluyen un importante número de señales de alerta organizadas de acuerdo al tipo de transacción y a los sujetos o entidades en que pueda presentarse.

Para efectos de la interpretación de la Ley N°19.913, la Unidad de Análisis Financiero contempla la posibilidad de interpretación de sus normas, así como la facultad de dictar nuevas instrucciones y precisar su ámbito de aplicación a través de las circulares.

Art. 6° Prohíbese a las personas e instituciones señaladas en el artículo 3°, inciso primero y a sus empleados, informar al afectado o a terceras personas, la circunstancia de haberse requerido o remitido información a la Unidad de Análisis Financiero, como asimismo, proporcionarles cualquier otro antecedente al respecto.

Igual prohibición regirá para quienes sean requeridos en conformidad a la letra b) del artículo 2°, y para las personas que presten servicios a cualquier título a las personas e instituciones aludidas en el inciso anterior, que hayan tenido conocimiento de la circunstancia de haberse requerido o remitido información a la Unidad de Análisis Financiero.

Artículo 7°.- La infracción a lo dispuesto en el artículo 6° será castigada con la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de cien a cuatrocientas unidades tributarias mensuales.

La misma pena se aplicará a quienes, estando obligados de conformidad a esta ley a proporcionar información a la Unidad, maliciosamente destruyan, alteren u oculten los antecedentes o documentos que deban entregar, o entreguen antecedentes o documentos falsos.

Para efectos de colaboración con la Unidad de Análisis Financiero, por su parte, existen entidades sectoriales que también colaboran con la prevención del blanqueo de capitales, a modo de ejemplo podemos citar a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, la Superintendencia de Valores y Seguros, las que en circulares dictadas por ellos mismos, han definido qué debe entenderse por cliente y las labores de información que deben cumplir los obligados¹⁷.

El artículo 13¹⁸ de la Ley N°19.913 impone la obligación de secreto que deben mantener los funcionarios de la UAF respecto de toda información y cualquier otro antecedente que conozcan en el ejercicio de su cargo, y que de manera directa o indirecta se relacionen con el ejercicio de su cargo.

¹⁷ Recopilación de normas de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, en sus capítulos 1-14, sección 1, establece que "...son clientes todas las personas naturales y jurídicas con las cuales la entidad establece o mantiene una relación de origen legal o contractual, como consecuencia de la prestación, servicio o contratación de un producto, ofrecido en el marco de las actividades propias de su giro y de conformidad a las disposiciones legales y reglamentarias. Esta relación puede ser ocasional o habitual".

Circular N°1.809, sección N°2, de la Superintendencia de Valores y Seguros dispone que "...por cliente se entiende toda persona natural o jurídica con la que la entidad sujeto de la presente regulación crea, establece o mantiene una relación de origen contractual, a fin de obtener el primero la prestación de un servicio o contratación de un producto, ofrecido dentro del marco propio del giro exclusivo o complementario del segundo, conforme al marco legal y/o reglamentario, ya sea que la relación sea de carácter ocasional, esporádico, único, reiterado, frecuente o permanente".

¹⁸ Artículo 13.- El que preste servicios, a cualquier título, para la Unidad de Análisis Financiero deberá mantener en estricto secreto todas las informaciones y cualquier otro antecedente que conozca en el ejercicio de su cargo y que se relacione directa o indirectamente con sus funciones y actividades.

Lo previsto en el inciso anterior no obsta a la facultad del Director para dar a conocer o proporcionar información global y no personalizada, para fines exclusivamente estadísticos o de gestión.

La infracción de esta prohibición se sancionará con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a máximo y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales.

Esta prohibición se mantendrá indefinidamente después de haber cesado en su cargo, comisión o actividad.

Sin perjuicio de lo dispuesto precedentemente, el Director de la Unidad deberá concurrir anualmente a la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados con el objeto de informar sobre aspectos generales de su gestión, en sesión secreta.

Se exceptúan del deber de secreto las informaciones y antecedentes que requiera el fiscal del Ministerio Público o el tribunal que conozca del procedimiento criminal por alguno de los delitos a que se refieren los artículos 27 y 28, como también de aquellos que le sirven de base y que se señalan en la letra a) del artículo 27.

La violación de la obligación de secreto es constitutiva de delito y se sancionará con la pena de presidio menor en su grado mínimo a máximo y multa de 40 a 400 Unidades Tributarias Mensuales.

La obligación de reserva es perpetua puesto que dura indefinidamente, aun cuando el funcionario hubiese cesado el cargo, comisión o actividad.

Ahora bien, el artículo 14¹⁹ de la Ley se refiere a aquellos funcionarios que prestan labor en comisión de servicio, a los que también se les hace aplicable las obligaciones ya señaladas.

¹⁹Artículo 14.- La Unidad de Análisis Financiero podrá integrarse con funcionarios en comisión de servicio de las siguientes instituciones:

Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras; Servicio de Impuestos Internos; Consejo de Defensa del Estado; Servicio Nacional de Aduanas; Superintendencia de Valores y Seguros; Carabineros de Chile; Policía de Investigaciones, y Comité de Inversiones Extranjeras. Dichos funcionarios deberán ser designados por el jefe superior del respectivo servicio, a solicitud del Director de la Unidad. También, a petición de dicho Director, podrán integrar la Unidad de Análisis Financiero funcionarios del Banco Central de Chile, los que quedarán sujetos a su propia normativa legal respecto de su designación.

Los funcionarios que se encuentren en comisión de servicio en la Unidad, quedarán sujetos a las restricciones y limitaciones aplicables a sus funcionarios, en lo referente a jornada de trabajo, prohibiciones, incompatibilidades y responsabilidades administrativas.

Las comisiones de servicio de funcionarios pertenecientes a cualquier organismo de la Administración del Estado que se cumplan en la Unidad, no estarán sujetas a ninguna de las limitaciones establecidas en los regímenes estatutarios aplicables a dichos funcionarios, ni en otros cuerpos legales y reglamentarios que pudiesen afectarles. En todo caso, estas comisiones deberán efectuarse conforme lo dispone el inciso primero del artículo 69 de la ley N° 18.834.

TIPOS PENALES BÁSICOS

El artículo 27 de la Ley N°19.913, modificada por la Ley N°20.119 y por la Ley N°20.818, establece el nuevo tipo del delito de Lavado de Dinero, que con anterioridad a ésta se encontraba tipificado en el artículo 12 de la Ley N°19.336²⁰.

²⁰Artículo 27.- Será castigado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de doscientas a mil unidades tributarias mensuales:

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

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

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

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

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

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

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

En todo caso, la pena privativa de libertad aplicable en los casos de las letras a) y b) no podrá exceder de la pena mayor que la ley asigna al autor del crimen o simple delito del cual provienen los bienes

El artículo 27 contempla tres conductas sancionadas, a saber:

- a. La primera de ellas es el que “de cualquier forma oculte o disimule el origen ilícito de determinados bienes...”. Lo que se está sancionando en este tipo penal, es ocultar o disimular el origen de los bienes.
- b. En segundo lugar, también en su letra a), se sanciona al que sabiendo del origen ilícito de los bienes los oculte o disimule. En este caso, se sanciona al que oculta o disimula los bienes en sí mismos, en este caso se refiere a los bienes productos de este delito.
- c. Finalmente, en la letra b) se sanciona al que adquiera, posea, tenga o use los referidos bienes con ánimo de lucro. Debe tenerse presente que se exige un elemento subjetivo adicional, el ánimo de lucro.

Para analizar los tipos aquí descritos lo primero que debemos observar es que el delito de blanqueo de capitales es conceptualmente autónomo. Esto es relevante porque su estructura requiere la comisión de un hecho delictivo previo, del que se obtienen bienes o activos que sirven para cometer el delito de blanqueo de capitales. Es importante reconocer la separación que existe entre ambos injustos, la que pasamos a revisar a continuación.

La evolución experimentada por los delitos base es uno de los primeros aspectos que evidencia la autonomía del delito de lavado de activos. La Convención de Viena estableció como único delito antecedente del lavado de activos el tráfico ilícito de estupefacientes y luego, el Convenio del Consejo de Europa de 1990, introdujo una expansión hacia otros delitos graves²¹. Dicha apertura favoreció la consideración del lavado de activos como delito autónomo.

objeto del delito contemplado en este artículo, sin perjuicio de las multas y penas accesorias que correspondan en conformidad a la ley.

²¹

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

Convenio

En nuestra legislación, dicha autonomía también se expresa. En primer lugar, en la falta de necesidad de sentencia condenatoria previa como aspecto necesario para iniciar la persecución penal por el 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...”. En nuestro concepto, esta disposición resulta sustancial para comprender la autonomía del tipo de blanqueo de capitales, porque otorga legitimación activa para accionar por el delito de blanqueo de capitales con independencia del resultado de la persecución penal del delito base.

En segundo lugar, dicha autonomía también se manifiesta en la posibilidad de sancionar el auto blanqueo de capitales, es decir, la sanción en concurso real a quien ha intervenido como autor o cómplice en el delito base junto al lavado de activos propiamente tal.

Lo anterior se debe a que tanto el bien jurídico protegido como la conducta sancionada por el lavado de activos serían distintos a los del delito base.

Desde la Teoría de la Norma Penal, que estructura dichas normas en normas de conducta y normas de sanción, las normas contenidas en el artículo 27 letras a) y b) de la Ley N°19.913 constituyen la norma de conducta del tipo penal del lavado de activos. Dichas normas configuran, en concepto de Juan Pablo Mañalich²², el estándar que determina el objeto de reproche jurídico penal. Establecen una obligación, que se obtiene por medio de la formulación contradictoria del supuesto de hecho contenido en la norma de sanción, cuya infracción justifica su sanción. La norma de sanción, por su parte, consiste en el

²² MAÑALICH, J. P. 2010. Norma e imputación como categoría del hecho punible. Santiago, Revista Estudios de la Justicia, N°12. 172 p.

reproche jurídico penal que se obtiene por la infracción de la norma de conducta.

La letra b) de la disposición comentada contiene, además, un segundo conjunto de normas de conducta al sancionar al que “adquiera, posea, tenga o use los referidos bienes”. Se trata de conductas receptoras y recaen sobre los bienes de origen delictivo.

La conducta contenida en dicha norma presenta problemas para admitir el fraude fiscal como delito base. Se ha argumentado que su interpretación conjunta con la hipótesis del autoblanqueo del inciso quinto del artículo 27 lleva a una infracción al *ne bis in idem*. Sin embargo, se trata de un problema de interpretación de la norma que en nuestro concepto puede resolverse si se estudia adecuadamente el contenido de la norma.

En primer lugar, podríamos estudiar el contenido de la norma siguiendo las normas de interpretación del Código Civil en sus artículos 19 a 24. Una parte de la doctrina extranjera ha seguido dicha interpretación²³. Sin embargo, trae consecuencias tanto para la comprensión del delito como para aspectos como el autoblanqueo y delitos base que pudiesen incorporarse a la normativa²⁴.

Una segunda interpretación, señala que la norma del art. 27 letra b) expresa una evolución legislativa, porque existe una creación de tipos penales que no se agotan en las figuras clásicas del lavado, las que corresponden a ocultar, encubrir y disimular, sino que genera prohibiciones de contacto con los

²³ BLANCO, I. 2014. Combate al lavado de activos desde el sistema judicial. 3° ed. Washington D.C., Organización de los Estados Americanos. 111-115 pp. Así también DEL CARPIO, J. 2011. La posesión y la utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo de capitales. En: Revista General de Derecho Penal, N°15. 22-27 pp.

²⁴ PRAMBS, C. 2005. El delito de blanqueo de capitales. Santiago, LexisNexis. 105-106 pp.

bienes que provienen de actividades delictivas, es decir, con los bienes producto de los delitos base²⁵.

En otros términos, la norma contenida en el artículo 27 letra b) castiga entrar en contacto con los bienes producto del delito, bastando el conocimiento de su origen y podemos presumir que con ello se busca aislar a los autores del delito base.

El problema tanto de interpretar el artículo 27 letra b) según las categorías civiles de posesión, uso y tenencia, contenidas en los artículos 700, 582 y 714 del Código Civil, respectivamente, como de seguir la segunda interpretación y sancionar el mero contacto con los bienes productos del delito base, es que amplía los destinatarios de las sanciones hasta límites cercanos a la infracción del *ne bis in idem*. Lo anterior, porque siguiendo alguna de estas interpretaciones, resulta difícil distinguir entre la comisión del delito base y las conductas “posesión” y “tenencia” de los bienes de origen delictivo. Un ejemplo de esto nos lo entrega Del Carpio: “(...) 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 (...). 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”²⁶.

Sin embargo, lo anterior no significa que una interpretación correcta de la disposición citada consista en que el delincuente originario nunca pueda ser sancionado por la comisión del tipo contenido en la letra b) y solo pueda serlo por la letra a) del artículo 27. Dicha interpretación sería respetuosa de la prohibición de doble incriminación pero se opondría a texto expreso de la ley, porque justamente el inciso quinto del artículo 27 sanciona el autoblanqueo.

²⁵ HERNÁNDEZ, H. 2008. Límites al tipo objetivo de lavado de dinero. En: Delito, pena y proceso. Libro homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 497 p.

²⁶ DEL CARPIO, J. 2011. Op. Cit. 23 p.

La norma contenida en el inciso quinto del artículo 27 establece la sanción al autoblanqueo, es decir, el concurso real entre el delito de lavado de activos con el delito base, sin distinguir si se trata de la letra a) o b) del artículo 27.

En síntesis, la interpretación de la letra b) del artículo 27 resulta bastante compleja porque establece dos alternativas, o bien se infringe el principio jurídico penal del *ne bis in idem* o derechamente se excluyen conductas que el legislador ha ordenado sancionar. Sostenemos que el sentido y alcance de la norma debe buscarse respetando tanto los principios del Derecho Penal como la sistemática del delito. Debe buscarse una interpretación que relacione las formas típicas de la letra b) del artículo 27 con la forma en que el blanqueo de capitales se manifiesta, es decir, con el modo en que el fenómeno delictivo tiene lugar. Un adecuado conocimiento del modo en que el blanqueo de capitales se articula en la realidad, podría solucionar los problemas interpretativos, permitiéndonos entender el delito que se analiza.

Por otro lado, todos los tipos descritos en el artículo 27 de la Ley N°19.913, se refieren a conductas dolosas de ejecución. Se ha discutido si es posible la concurrencia del dolo eventual, esto en atención a la expresión "... a sabiendas...", ya que, según una parte de la doctrina, dicha expresión exigiría un dolo directo. Sin embargo, lo contrario se ha sostenido por don Alfredo Etcheberry²⁷, para quien, el artículo 1° del Código Penal presume dolo, y éste sólo deberá probarse cuando se emplee la expresión a sabiendas, opinión que compartimos en este trabajo, y que es sostenida por la mayor parte de la doctrina.

²⁷ETCHEBERRY, A. 1998. Derecho Penal, Parte General. Tomo I, Tercera edición revisada y actualizada. Santiago, Editorial Jurídica.

Asimismo, en la hipótesis descrita en el inciso quinto el artículo analizado, es posible la comisión imprudente del delito de lavado de capitales²⁸, en este mismo sentido se ha pronunciado Blanco Cordero²⁹.

Por otro lado, en la nueva normativa se amplían los delitos bases, ya que la normativa antes vigente, solo admitía como delitos base o subyacentes los contenidos en la ley 19.366, sin embargo, hoy se amplía a los hechos constitutivos de delitos de:

- 1- Ley N°18.314, que establece las conductas terroristas y determina su penalidad;
- 2- Ley N°17.798, la que en su artículo 10 contempla ciertos delitos, esto es, hechos relativos a la fabricación, armaduría, importación e internación al país, exportación, transporte, almacenaje, distribución o celebración de convenciones respecto de material de uso bélico, armas de fuego, municiones y cartuchos, explosivos, bombas y otros artefactos similares, sustancias químicas susceptibles de ser usadas para la fabricación de explosivos, municiones, proyectiles, misiles, cohetes, bombas, cartuchos

²⁸Artículo 27.- Será castigado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de doscientas a mil unidades tributarias mensuales:

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

²⁹BLANCO, I. 2012. El delito de blanqueo de capitales. Pamplona, Editorial Aranzadi.p.373: “que era posible la comisión incluso con dolo eventual, en referencia al conocimiento de la procedencia delictiva de los bienes. Por tanto, ahí donde el sujeto activo del artículo 344 bis h) N°1 y 2 se representase como “probable”, conforme a su conocimiento, que los bienes procedían de un delito de tráfico de drogas o de precursores, obraría “a sabiendas”. Con ello se pretendía evitar una restricción del ámbito de aplicación del artículo 344 bis h) N°1 y 2 solamente a aquellos supuestos en que el sujeto activo tuviese un conocimiento absoluto de la procedencia. En caso contrario, sería imposible aplicar tal artículo allí donde el sujeto albergase alguna duda sobre la procedencia delictiva de los bienes. A ello se añadía que si en los artículos 1 y 2 se sancionaba solo la comisión por dolo directo, y en el número 3 la comisión imprudente, quedaría una laguna de punibilidad para aquellos casos en que concurriese el dolo eventual. Estas serían, por tanto, las razones que llevaban a admitir el dolo eventual.

y elementos lacrimógenos, sin autorización de la Dirección General de Movilización Nacional;

- 3- Además, a los delitos contemplados en el Título XI de la Ley N°18.045, sobre Mercado de Valores, entre ellos los relacionados con el otorgamiento y obtención de antecedentes o certificados falsos, el uso de información privilegiada y la revelación de esta, finalmente, también, la utilización de valores entregados en custodia.
- 4- Se extiende, también, a los delitos contemplados en el Título XVII del Decreto con Fuerza de Ley N°3, de Hacienda, de 1997, Ley General de Bancos, esto es, conductas relativas a la presentación, utilización, entrega o declaración de información o de datos falsos por parte de directores, gerentes, accionistas fundadores, empleados o auditores externos de una institución financiera sujeta a fiscalización de la Superintendencia respectiva;
- 5- A los delitos de los párrafos 4, 5, 6 y 9 del Título V del Libro II del Código Penal, esto es, delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos: delitos de prevaricación de los miembros de los tribunales de justicia colegiados o unipersonales y los fiscales judiciales; delito de malversación de caudales públicos cometidos por sustracción o distracción de fondos, por aplicación pública diferente o por negativa a un pago o entrega; delito de fraude al fisco, exacciones ilegales y negociación incompatible; cohecho pasivo impropio, pasivo propio y activo, y;
- 6- Finalmente, a los delitos contemplados en los artículos 141, 142, 366 quáter y 367 bis del Código Penal, esto es: secuestro y sustracción de menores, abuso sexual indirecto, favorecimiento de la prostitución y favorecimiento del tráfico de personas.

En cuanto al delito imprudente previsto en el inciso quinto del artículo 27, debemos tener presente que, como ya observamos, fue instaurado tanto para la

hipótesis comisiva de la letra a) del artículo 27, como para la hipótesis de la letra b). Además, debemos considerar que no es cualquier falta de diligencia la que será sancionada, sino que, al igual que el caso español – artículo 301.3 Código Penal- aquella que sea inexcusable, esto significa que debe ser grave.

Somos de la opinión que la modalidad imprudente fue incorporada pensado principalmente en los operarios bancarios y de las instituciones financieras que deben emplear cierta diligencia en evitar la utilización del sistema financiero en el blanqueo de capitales, por lo que podrían cometer el delito previsto en la letra a), de manera omisiva. Como veremos más adelante en relación al delito imprudente del Código Penal español, no se puede exigir lo mismo de la norma a un particular sin especialización, que aquel operador bancario o financiero, el cual debe diariamente ver dichas transacciones.

BIEN JURÍDICO

En nuestro concepto, el mayor aporte a la doctrina nacional en materia de conceptualización de bien jurídico fue efectuado por Juan Bustos y Hernán Hormazábal, quienes dieron un concepto apuntando a la Jurisprudencia, al señalar: “En la interpretación de la norma penal los bienes jurídicos tienen una función básica. El proceso de interpretación de una norma penal ha de hacerse desde el bien jurídico protegido por dicha norma. De este modo, para establecer si la conducta concreta ocurrida en el mundo social tiene significación jurídico-penal es necesario valorarla desde el bien jurídico protegido por la norma de que se trate”³⁰.

En cuanto al bien jurídico protegido por el delito de lavado de activos, lo primero que debemos señalar es su naturaleza de delito económico en el sentido desarrollado por Klaus Tiedeman³¹, para quien “el concepto de delito económico comprende en primer término las transgresiones en el ámbito del Derecho Administrativo Económico, o sea, contra la actividad interventora y reguladora del Estado en la economía. Abarca también las infracciones en el campo de los demás bienes jurídicos colectivos o supra individuales de la vida económica, los cuales por necesidad conceptual trascienden los bienes jurídicos individuales. E incluye finalmente los delitos patrimoniales clásicos (estafa, extorsión, defraudación, cohecho, etc.) cuando éstos se dirigen contra patrimonios supra individuales (como en los casos de obtención fraudulenta de subvenciones o créditos estatales) o cuando constituyen abuso de medidas e instrumentos de la vida económica (como en las hipótesis de un cheque en descubierto o un falso balance)”³². El delito de lavado de activos, por tratarse de

³⁰ BUSTOS, J., HORMAZABAL, H. 1997. Lecciones de Derecho Penal V.I. Madrid, Editorial Trotta. 61-62pp.

³¹ TIEDEMAN, K. 1985. Poder económico y delito. Barcelona, Ariel Derecho.

³² Ibid. 12 p.

un delito económico, afecta a más de un bien jurídico, es decir, es un delito pluriofensivo.

La doctrina ha desarrollado diferentes posturas en torno al bien jurídico protegido por el delito de lavado de activos³³, sin embargo, en nuestro concepto lo que se busca con su consagración es la lucha contra el crimen organizado, protegiendo con ello diversos bienes jurídicos, tanto de carácter individual como supra individual.

En cuanto a los bienes jurídicos supra individuales, en nuestro concepto, se trata de los bienes jurídicos Paz Social, Seguridad del Estado y Orden Socioeconómico.

La Paz Social es el normal desenvolvimiento de las relaciones sociales de los individuos y la corrupción viola dicho bien jurídico porque se apropia de los canales de participación de la sociedad civil. Por lo tanto, la ausencia de legislación en materia de lavado de activos, fomenta el desarrollo de organizaciones criminales, las que en definitiva destruyen la estructura social.

³³ Entre las diversas posturas destaca:

1. Orden socioeconómico como bien jurídico protegido, autores como MONTT, L. en Orden Público Económico y Economía Social de Mercado: elementos para una formulación constitucional. Santiago, Universidad de Chile, y GOMEZ, D. 1996. El Delito de Blanqueo de Capitales en Derecho Español. Barcelona, Cedecs. 36p. ;
2. La punición del lavado de dinero como medio para reprimir el delito originario, teniendo como exponentes a BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO, S. 2001. Derecho Penal Económico. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces. 681 pp. ;
3. La salud pública como bien jurídico protegido. SZCZARANSKY C. 1995. Apuntes introductorios a la ley 19.366, Reflexiones sobre el consumo de drogas y pauta de análisis del delito de lavado de dinero. En: Gaceta Jurídica, N° 179. 18 pp. También en POLITOFF, S. y MATUS, J. P. 1988. Objeto jurídico y objeto material en los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes, en Tratamiento penal del tráfico ilícito de estupefacientes, Estudios de dogmática y jurisprudencia. Santiago. Editorial Jurídica Conosur. 15 pp.
4. El lavado de dinero como delito pluriofensivo. En BLANCO, I. Op. Cit. 190 pp. y PRADO, V. 1994. El delito de lavado de dinero y su tratamiento bancario en Perú. Lima, Idemsa. 63 pp. ;
5. La administración de justicia como bien jurídico protegido. En CARPIO, J. 1997. El delito de blanqueo de capitales en el nuevo Código Penal. Valencia, Tirant lo Blanch. 59 pp. ;
6. La seguridad interior del Estado como bien jurídico protegido. En PRAMBS, J. Op. Cit. 68 pp.

La Seguridad del Estado, por su parte, ha sido destacado como objeto de protección del delito de lavado de activos por Claudio Pramps, quien ha señalado que se trata de un bien jurídico colectivo social o universal y que la tipificación del delito busca impedir la corrupción al interior del Estado, porque pone en peligro su existencia misma³⁴.

Por último, en cuanto al Orden Socioeconómico, ha sido desarrollado por la doctrina a partir del concepto de Orden Público Económico, el cual es el conjunto de medidas adoptadas por la autoridad con el fin de organizar la actividad y las relaciones económicas³⁵. El lavado de activos afecta este bien jurídico porque al perpetrarse el ilícito, se incorporan bienes al flujo económico del país, al margen de toda política y plan de desarrollo económico, pudiendo producirse una competencia desleal.³⁶

Por último, sobre los bienes jurídicos individuales, aquellos elementales y consagrados por nuestra Constitución en el artículo 19°, tal como observa Tiedeman: “Obviamente, la salvaguardia del conjunto de bienes protegidos por el Derecho Económico y el Derecho Penal Económico se puede hacer referir, en última instancia, a la protección del individuo, por cuya causa el Estado existe.”³⁷ En otros términos, la consagración del delito de lavado de activos no solo busca la protección de los bienes jurídicos colectivos ya mencionados, sino que además la protección de bienes jurídicos de carácter individual, porque es el individuo quien constituye la sociedad y da sentido a la protección de bienes jurídicos de carácter colectivo.

³⁴ PRAMBS, J. Ibid.

³⁵ MONTT, L. Orden Público Económico y Economía Social de Mercado: elementos para una formulación constitucional. Santiago, Universidad de Chile.

³⁶ SZCZARANSKY, C. 1995. Op. Cit.

³⁷ TIEDEMAN, K. 1985. Op. Cit. 13 p.

OBJETO MATERIAL Y SUJETO ACTIVO

En lo que dice relación con el objeto material del delito de lavado de activos, la Ley define en el artículo 27 inciso 4° qué debemos entender por bienes y nos dice que: "... para los efectos de este artículo, se entiende por bienes los objetos de cualquier clase apreciables en dinero, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, como asimismo los documentos o instrumentos legales que acreditan la propiedad u otros derechos tangibles sobre los mismos...".

Como podemos ver, el legislador entrega un concepto amplio de bienes, donde lo importante es la apreciación económica que se hace de ellos, al señalar que "...sean apreciables en dinero...", lo que reafirma la intención del legislador de terminar con los beneficios económicos – que son altísimos- de los delitos cometidos por las organizaciones criminales.

En cuanto al sujeto activo, se debe hacer presente que al igual que en la legislación española, no se contempla un sujeto calificado para cometer el delito de lavado de capitales, incluso para el caso de blanqueo por negligencia grave, la cual, sin perjuicio de haberse instalado por los operadores bancarios, puede resultar aplicable a cualquier persona que se encuentre descrita dentro de las circunstancias del tipo penal.

EL CONCEPTO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

El concepto de delito de blanqueo de capitales, tal como lo conocemos hoy, se introdujo por la L.O. 1/1988, de 24 de marzo, que modificó el Código Penal, incorporando el artículo 546 bis f, superponiéndosele, como efectos de la convención de Viena, los artículos 344 bis h y 344 bis i, lo que produjo en concepto de Terradillos Basoco, un caos normativo que no se solucionó hasta el Código Penal de 1995³⁸.

En el Código Penal, se introdujo en el Título XIII, capítulo XIV, llamado “de la receptación y el blanqueo de capitales”, regulándose en los artículos 301 a 304³⁹.

³⁸CERVINI, R., CESANO, J. D., y TERRADILLOS, J.M. 2008.Op. Cit., p.226. Se plantea por el autor, que como muchas veces por trasladar normas de política criminal foráneas se produce un caos normativo, entre las normas legales internas vigentes y las nuevas normas publicadas, sin embargo, se señala por el mismo, que dicho problema se soluciona con la dictación del nuevo Código Penal de 1995. En este sentido no se comparte la opinión del autor, ya que dicha regulación ha sido vuelta en numerosas modificaciones, de las cuales aún la doctrina no encuentra que esté satisfecho lo que se plantea en las legislaciones internacionales vigentes y que fueron firmadas por España.

³⁹ Art. 301.

1. El que adquiera, convierta o transmita bienes, sabiendo que estos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triple del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad de lo hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritas en los artículos 368 a 372 de este Código. En estos supuestos se aplicarán las disposiciones contenidas en el artículo 374 de este Código.

También se impondrá la pena en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos comprendidos en los Capítulos V, VI, VII, VIII, IX y X del Título XIX o en alguno de los delitos del Capítulo I del Título XVI.

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

Autores como Romero critican la ubicación del blanqueo de capitales en ese Código, ya que éste no es una receptación específica, sin perjuicio de que presenta semejanzas con la receptación⁴⁰.

-
3. Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo.
 4. El culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente en el extranjero.
 5. Si el culpable hubiera obtenido ganancias, serán decomisadas conforme a las reglas del artículo 127 de este Código.

Artículo 302.

1. En los supuestos previstos en el artículo anterior se impondrán las penas privativas de libertad en su mitad superior a la persona que pertenezca a una organización dedicada a los fines señalados en los mismos, y la pena superior en grado a los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones.
2. En tales casos, cuando de acuerdo a lo establecido en el artículo 31 bis sea responsable una persona jurídica, se le impondrán las siguientes penas:
 - a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.
 - b) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Artículo 303.

Si los hechos previstos en los artículos anteriores fueran realizados por empresario, intermediario en el sector financiero, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador, en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio, se le impondrá, además de la pena correspondiente, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, industria o comercio, de tres a diez años. Se impondrá la pena de inhabilitación absoluta de diez a veinte años cuando los referidos hechos fueren realizados por autoridad o agente de la misma.

A tal efecto, se entiende que son facultativos los médicos, psicólogos, las personas en posesión de Títulos sanitarios, los veterinarios, los farmacéuticos y sus dependientes.

Artículo 304.

La provocación, la conspiración y la proposición, para cometer los delitos previstos en los artículos 301 a 303 se castigará, respectivamente, con la pena inferior en uno o dos grados.

⁴⁰ROMERO, B. 2002. El delito de blanqueo de capitales en el Código Penal de 1995. En: Anales de Derecho, Universidad de Murcia, N°20. Pp.299 y ss. La autora señala que finalmente el legislador no quiso utilizar el término acuñado internacionalmente y propuesto en el anteproyecto de 1992 – blanqueo de dinero- aunque señala la autora que es preferible usar la expresión blanqueo de capitales por la amplitud del término capitales, en relación al concepto de dinero, es así como en Estados Unidos a este delito se le da el nombre de Lavado de Dinero o Capitales, o bien, el reciclaje de dinero italiano.

Sin embargo, la legislación penal española no contiene una definición de blanqueo de capitales como se conoce normalmente, sino que se limita a describir los hechos que configuran el blanqueo de capitales, y la definición de lo que es la encontramos en la Ley 10/2010, de 28 de abril, sobre prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, que dice: “A los efectos de la presente Ley, se considerarán blanqueo de capitales las siguientes actividades: a) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o ayudar a personas que estén implicadas a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos. b) La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la localización, la disposición, el movimiento o la propiedad real de bienes o derechos reales sobre bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva. c) La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que proceden de una actividad delictiva o de la participación en una actividad delictiva. d) La participación en alguna de las actividades mencionadas en las letras anteriores, la asociación para cometer este tipo de actos, las tentativas de perpetrarlas y el hecho de ayudar, instigar o aconsejar a alguien para realizarlas o facilitar su ejecución.

Existirá blanqueo de capitales aun cuando las conductas descritas en las letras precedentes sean realizadas por la persona o personas que cometieron la actividad delictiva que haya generado los bienes.

A los efectos de esta Ley se entenderá por bienes procedentes de una actividad delictiva todo tipo de activos cuya adquisición o posesión tenga su

En este trabajo, seremos de la idea de ocupar el término blanqueo de capitales para referirnos a este delito, esto por la amplitud del concepto, y lo que pretendemos abarcar con su utilización.

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 de un derecho sobre los mismos, con inclusión de la cuota defraudada en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública.

Se considerará que hay blanqueo de capitales aun cuando las actividades que hayan generado los bienes se hubieran desarrollado en el territorio de otro Estado.”⁴¹

En otro concepto de blanqueo de capitales, encontramos a Martínez-Buján Pérez, quien lo define como “el proceso de ocultación de bienes de origen delictivo con el fin de dotarlos de una apariencia final de legitimidad”⁴², en un sentido diverso, Miguel Bajo Fernández y Silvana Bacigalupo Saggese, ya que en su opinión, el delito de blanqueo de capitales no hay que obstaculizarlo ni impedirlo, sino que conducirlo, ya que esta actividad, por si sola, carece de actividades de valoración negativa, pero ciertamente contiene un valor probatorio de la existencia de otros delitos previamente cometidos pero que, sin embargo, implica una especie de arrepentimiento⁴³.

⁴¹ Apartado 2º del artículo 1º de la Ley N°10/2010, de 28 de Abril de 2010, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. En este mismo sentido Mauricio Rubio Pardo, Op. Cit. P.8, lo define simplificando los conceptos como “los métodos o procedimientos mediante los cuales se introducen en el circuito financiero legal los beneficios ilícitos obtenidos de actividades criminales”. En este mismo sentido lo presenta Raúl Cervini (...). Op. Cit. Pp. 221 y 222. Señala que la Ley N°19/1993 precedente de la Ley N°10/2010, nació con la vocación de trasponer al Derecho español la Directiva 91/308/C.E.E.

⁴² Citado por CERVINI, R., CESANO, J. D., y TERRADILLOS, J.M. 2008. Op Cit. P. 230.

⁴³BAJO F., M. y BACIGALUPO S., S. 2001. Derecho penal económico. Madrid, Centro de Estudios Areces. Pp. 677 y 678. La opinión de dichos autores no es compartida en este trabajo y su inclusión en él solo tiene un fin ilustrativo. Se toma como referencia en este trabajo, que el delito de blanqueo de capitales sí es autónomo y se basta a sí mismo para lesionar bienes jurídicos relevantes, como también ha sido reconocido por el Excelentísimo Tribunal Supremo español, al señalar en la sentencia de la 2º Sala, de fecha 17 de junio de 2005, que la generación de ingentes cantidades de dinero puede incluso poner en peligro el sistema comercial y financiero, y la necesaria estabilidad del sistema político, a través de los fenómenos generalizados de corrupción. Otra prueba similar en este sentido es que el delito de

Otra definición en relación al delito de blanqueo de capitales es la de Blanco Cordero, quien lo define como “el proceso en virtud del cual, los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita”⁴⁴.

Finalmente es conveniente tener presente que el concepto de blanqueo de capitales, va mutando constantemente, esto en razón de la continua profesionalización e ingenio de las organizaciones criminales, incluso hoy en el Parlamento Europeo se encuentra en discusión una nueva directiva, en la que se propone una nueva definición de blanqueo de capitales que contemple específicamente la financiación del terrorismo, es decir, el desvío de bienes legítimos a la financiación del terrorismo se equipara al blanqueo de capitales unificando las medidas utilizables para uno y otro delito. Esta materia se encontrará en una continua reforma, motivadas por los continuos cambios de actividades delictuales, y lo más lento que reacciona la legislación internacional como nacional.

blanqueo de capitales sí tiene una pena asociada a la comisión de él, la cual es independiente del delito principal o base.

⁴⁴BLANCO, I. 2012. Op. Cit.

TIPOS BÁSICOS DEL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES

Como ya señalamos, el delito de blanqueo de capitales lo contempla el Código Penal español en sus artículos 301 al 304. Para efectos netamente pedagógicos se analizará por separado las diferentes conductas que se encuentran penadas.

En primer lugar encontramos el artículo 301.1 del Código Penal, en este caso se deben analizar las sanciones desde 2 puntos de vista:

- El primero de ellos es la adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión de bienes sabiendo que estos son procedentes de un delito. Para poder entender el tipo acá descrito, debemos pasar a ver qué debemos entender por adquirir, poseer, utilizar, convertir y transmitir. En primer lugar, entendemos por adquirir el hacer ingresar un bien al patrimonio propio, existiendo un cambio de titularidad del mismo; por poseer, la tenencia del bien con ánimo de señor o dueño; por utilizar, el mero uso del bien; por convertir, la transformación jurídica del bien, cualquier mutación de los bienes modificando su naturaleza originaria; y finalmente, entenderemos por transmitir, aquel cambio de titularidad de los bienes, conociendo el origen delictivo de los bienes.
- En segundo lugar, encontramos el realizar cualquier otro acto para ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, sin embargo, en opinión de Quinteros Olivares⁴⁵, la prolijidad legislativa disipa las dudas sobre la tipicidad de la omisión, que realiza el sujeto que no efectúa los controles o entrega la información a que se encuentra obligado.

⁴⁵ Citado por TERRADILLOS, J.M. Op. Cit., P. 235.

Ahora, en segundo lugar, pasaremos a analizar el tipo penal descrito en el artículo 301.2 del Código Penal, se castiga la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimientos o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos, en este sentido debemos ver qué entendemos por ocultación, y la podemos entender como el esconder o disfrazar, mientras que en el caso del encubrimiento, lo debemos entender como el no manifestar algo, basta cualquier ayuda a los delincuentes. En definitiva, en opinión de Muñoz Conde, ambas son “acciones mediante las cuales se puede introducir en el tráfico legal los beneficios que proceden de delitos”⁴⁶.

En cuarto lugar, la norma prevista en el artículo 301.4 del Código Penal, se refiere al principio de justicia universal que rige todos los delitos contemplados en el capítulo.

El artículo 304 del Código Penal se refiere a la provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 301 a 303, sin embargo, dicho artículo resulta un tanto apresurado y no acorde con la redacción de los artículos anteriores, esto porque no resulta imaginable el caso en que nos encontremos con una provocación, conspiración o bien proposición de cometer una imprudencia grave, es más, en caso de encontrarnos ante estos tres actos preparativos, estaremos frente a tipos dolosos de comisión.

⁴⁶MUÑOZ CONDE, F. 1999. Derecho Penal. Parte Especial. Valencia, Tirant Lo Blanch. P. 548.

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

No existe en este punto un acuerdo de la doctrina, en cuanto a cuál es el bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de capitales, por una parte tenemos que antes de la dictación del Código Penal de 1995, y por el tratamiento que se daba a este delito –solo se preveía el delito de blanqueo de capitales para los delitos de narcotráfico- se creía que el bien jurídico protegido era la salud pública⁴⁷. Con la dictación del Código Penal y la extensión de la tipificación del blanqueo de capitales, en un primer momento a delitos graves y posteriormente a todos los delitos, la doctrina cambió de idea en cuanto al bien jurídico protegido. Vidales Rodríguez⁴⁸ considera que el delito de blanqueo de capitales supone inicialmente un atentado contra la administración de justicia, al encubrir el delito y en su última etapa al introducir los bienes al mercado financiero, es el orden socioeconómico el que se ve afectado. En este mismo sentido, hay algunos que sostienen que el bien afectado es solamente la administración de justicia, para esto señalan que lo que se busca evitar conductas entorpecedoras de la función, en este sentido se ubican los códigos penales de Alemania, Suiza e Italia, en cambio, hay otros para los cuales el bien jurídico protegido es el orden socioeconómico, esto en razón de que con este delito se busca evitar las desigualdades económicas, las desestabilizaciones del mercado. Como ya señalamos, la opinión de este trabajo es el carácter pluriofensivo del delito de blanqueo de capitales.

⁴⁷ROMERO, B. Op. Cit. P. 302.

⁴⁸VIDALES, C. 1997. Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995. Barcelona, Tirant Lo Blanch. Pp. 34-40.

OBJETO MATERIAL Y SUJETO ACTIVO

En cuanto a este punto, no existe discusión en cuanto a cuál es el objeto material del delito de blanqueo de capitales, y estos son los bienes, los que deben ser tomados en su concepción más amplia, es decir, comprensible tanto de valores, derechos y créditos⁴⁹. Dichos bienes deben ser valorables económicamente, ya que lo que se pretende, es devolver a los circuitos económicos lo que salió ilícitamente de ellos.

En este sentido, es claro que los bienes deben proceder de un delito previo, ya que en caso contrario no podríamos hablar de delito de blanqueo de capitales, y la persona acusada de ello debiera ser absuelta por atipicidad objetiva de su conducta⁵⁰.

En cuanto a los sujetos activos del delito de blanqueo de capitales, en esta materia la doctrina se encuentra dividida en dos posturas:

- En primer lugar, tenemos a quienes creen que los participantes en el delito base no pueden ser sujetos activos del delito de blanqueo. Ya que se cree que con el delito de blanqueo no se lesiona un bien jurídico nuevo, sino solo el que ha sido menoscabado con el delito previo⁵¹, o bien se sostiene que el o los intervinientes del delito, al realizar el ocultamiento de los bienes solo está buscando encubrir su delito, por lo que se le debería aplicar la no exigibilidad de otra conducta⁵².

⁴⁹ BLANCO, I. Op. Cit. P. 213.

⁵⁰GÓMEZ, J. 2007. Reflexiones técnicas y de política criminal sobre el delito de blanqueo de bienes y su diferencia con la defraudación fiscal. En: Cuadernos de política criminal N°91. P. 22.

⁵¹ Entre los que sustentan esto están Juan José González Rus, Manuel Cobo del Rosal y Gonzalo Rodríguez Mourullo. No nos haremos cargo de estas opiniones, ya que se ha demostrado en las páginas anteriores que el delito de blanqueo de capitales es un delito pluriofensivo, el cual tiene un carácter autónomo, lo que casi no es discutido en la doctrina, prueba de ello es el Proyecto de Reforma del Código Penal 07, en el cual se plantea que se cambie el título del Capítulo XIV y se llame “de la receptación y del blanqueo de capitales”.

⁵²En este sentido, Antonio Moreno Canoves y Francisco Ruiz Marco, se reproduce lo planteado en la nota al pie de página anterior.

- En segundo lugar, tenemos a quienes creen que cualquier sujeto puede ser activo sin distinción –entre los que nos consideramos- en opinión de Blanco Cordero⁵³, en este nuevo delito se atacan bienes jurídicos diferentes, recordando el bien jurídico protegido que en este caso es el orden socioeconómico.

⁵³ BLANCO, I. Op. Cit. P.467.

TRIBUTACIÓN DE RENTAS ILÍCITAS

LEGISLACIÓN CHILENA

En la legislación chilena, el Decreto Ley N°824, de 1974, establece la Ley sobre impuesto a la renta y se encarga de regular los impuestos a la renta de las personas naturales y jurídicas (personas físicas y sociedades), siendo el hecho imponible básico la renta.

Ahora, para determinar la extensión que plantea el hecho gravado debemos remitirnos a los que nos dice el artículo 2° N°1⁵⁴ de dicho cuerpo legal

⁵⁴ Art. 2.

Para los efectos de la presente ley se aplicarán, en lo que no sean contrarias a ella, las definiciones establecidas en el Código Tributario y, además, salvo que la naturaleza del texto implique otro significado, se entenderá:

1° Por “renta”, los ingresos que constituyan utilidades o beneficios que rinda una cosa o actividad y todos los beneficios, utilidades e incrementos de patrimonio que se perciban o devenguen, cualquiera que sea su naturaleza, origen o denominación.

2° Por “renta devengada”, aquella sobre la cual se tiene un título o derecho, independientemente de su actual exigibilidad y que constituye un crédito para su titular.

Por “renta atribuida”, aquella que, para efectos tributarios, corresponde total o parcialmente a los contribuyentes de los impuestos global complementario o adicional al término del año comercial respectivo, atendido su carácter de propietario, comunero, socio o accionista de una empresa sujeta al impuesto de primera categoría conforme a las disposiciones de las letras A) y C) del artículo 14 y de la letra A) del artículo 14 ter, y demás normas legales, en cuanto se trate de rentas percibidas o devengadas por dicha empresa, o aquellas que le hubiesen sido atribuidas de empresas en que ésta participe y así sucesivamente, hasta que el total de las rentas percibidas, devengadas o atribuidas a dichas empresas, se atribuyan a los contribuyentes de impuesto global complementario o adicional en el mismo año comercial, para afectarse con el impuesto que corresponda.

3° Por “renta percibida”, aquella que ha ingresado materialmente al patrimonio de una persona. Debe, asimismo, entenderse que una renta devengada se percibe desde que la obligación se cumple por algún modo de extinguir distinto al pago.

4° Por “renta mínima presunta”, la cantidad que no es susceptible de deducción alguna por parte del contribuyente.

5° Por “capital efectivo”, el total del activo con exclusión de aquellos valores que no representen inversiones efectivas, tales como valores intangibles, nominales, transitorios y de orden.

En el caso de contribuyentes no sometidos a las normas del artículo 41°, la valorización de los bienes que conforman su capital efectivo se hará por su valor real vigente a la fecha en que se determine dicho capital. Los bienes físicos del activo inmovilizado se valorizarán según su valor de adquisición debidamente reajustado de acuerdo a la variación experimentada por el Índice de Precios al Consumidor en el periodo comprendido entre el último día del mes que anteceda aquel en que se determine el capital efectivo, menos las depreciaciones anuales que autorice la Dirección. Los bienes físicos del activo realizable se valorizarán según su valor de costo de reposición en la plaza respectiva a la fecha en que se determine el citado capital, aplicándose las normas contempladas en el N°3 del artículo 41.

“se entenderá por renta: 1- los ingresos que constituyan utilidades o beneficios que rinda una cosa o actividad y todos los beneficios, utilidades e incrementos de patrimonio que se perciban o devenguen, cualquiera que sea su naturaleza, origen o denominación”. Pasa a ser renta todo incremento de patrimonio sin importar origen ni denominación, como vemos, se consagra un tipo amplio de lo que se considera renta, al igual que en el caso español, siendo irrelevante que éstas provengan de un delito.

Refuerza nuestra opinión el artículo 20 N°5 del mismo cuerpo legal, que se refiere a las rentas de capital y de sociedades, señalando: “Establécese un impuesto de 24% que podrá ser imputado a los impuestos Global Complementario y Adicional, de acuerdo con las normas de los artículos 56, N°3 y 63. Este impuesto se determinará, recaudará y pagará sobre: 5° Todas las rentas, cualquiera que fuera su origen, naturaleza o denominación, cuya imposición no esté establecida expresamente en otra categoría ni se encuentren exentas”, volviendo a sostener la irrelevancia del origen de aquellas rentas.

Por la amplitud del concepto de renta planteada por el legislador, este debió señalar expresamente cuáles incrementos patrimoniales se encontraban exentos de tributación, y los señala taxativamente en el artículo 17⁵⁵ del D.L.

6° Por “sociedades de personas”, las sociedades de cualquier clase o denominación, excluyéndose únicamente a las anónimas.

Para todos los efectos de esta ley, las sociedades por acciones reguladas en el Párrafo 8° del Título VII del Código de Comercio, se considerarán anónimas.

7° Por “año calendario”, el periodo de doce meses que termina el 31 de diciembre.

8° Por “año comercial”, el periodo de doce meses que termina el 31 de diciembre o el 30 de junio y, en los casos de término de giro, del primer ejercicio del contribuyente o de aquel en que opere por primera vez la autorización de cambio de fecha del balance, el periodo que abarque el ejercicio respectivo según las normas de los incisos séptimo y octavo del artículo 16 del Código Tributario.

9° Por “año tributario”, el año en que deben pagarse los impuestos o la primera cuota de ellos.

⁵⁵ Artículo 17°.- No constituye renta:

1°.- La indemnización de cualquier daño emergente y del daño moral, siempre que la indemnización por este último haya sido establecida por sentencia ejecutoriada. Tratándose de bienes susceptibles de

depreciación, la indemnización percibida hasta concurrencia del valor inicial del bien reajustado de acuerdo con el porcentaje de variación experimentada por el índice de precios al consumidor entre el último día del mes que antecede al de adquisición del bien y el último día del mes anterior a aquél en que haya ocurrido el siniestro que da origen a la indemnización.

Lo dispuesto en este número no regirá respecto de la indemnización del daño emergente en el caso de bienes incorporados al giro de un negocio, empresa o actividad, cuyas rentas efectivas deban tributar con el impuesto de la Primera Categoría, sin perjuicio de la deducción como gasto de dicho daño emergente.

2°.- La indemnización por accidentes de trabajo, sea que consistan en sumas fijas, rentas o pensiones.

3°.- Las sumas percibidas por el beneficiado o asegurado en cumplimiento de contratos de seguros de vida, seguros de desgravamen, seguros dotales o seguros de rentas vitalicias durante la vigencia del contrato, al vencimiento del plazo estipulado en él o al tiempo de su transferencia o liquidación. Sin embargo, la exención contenida en este número no comprende las rentas provenientes de contratos de seguros de renta vitalicia convenidos con los fondos capitalizados en Administradoras de Fondos de Pensiones, en conformidad a lo dispuesto en el Decreto Ley N°3.500, de 1980.

Lo dispuesto en este número se aplicará también a aquellas cantidades que se perciban en cumplimiento de un seguro dotal por el mero hecho de cumplirse el plazo estipulado, siempre que dicho plazo sea superior a cinco años, pero solo por aquella parte que no exceda anualmente de diecisiete unidades tributarias mensuales, según el valor de dicha unidad al 31 de diciembre del año en que se perciba el ingreso, considerando cada año que medie desde la celebración del contrato y el año en que se perciba el ingreso y el conjunto de los seguros dotales contratados por el perceptor. Para determinar la renta correspondiente se deducirá del monto percibido, acrecentado por todas las sumas percibidas con cargo al conjunto de seguros dotales contratados por el contribuyente debidamente reajustadas según la variación del índice de precios al consumidor ocurrida entre el primero del mes anterior a la percepción y el primero del mes anterior al término del año respectivo, aquella parte de los ingresos percibidos anteriormente que se afectaron con los impuestos de esta ley y el total de la prima pagada a la fecha de percepción del ingreso, reajustados en la forma señalada. Si de la operación anterior resultare un saldo positivo, la compañía de seguros que efectúe el pago deberá retener un 15% de dicho saldo, retención que se sujetará, en lo que corresponda, a lo dispuesto en el Párrafo 2° del Título V de esta ley. Con todo, se considerará renta toda cantidad percibida con cargo a un seguro dotal, cuando no hubiere fallecido el asegurado o se hubiere invalidado totalmente, si el monto pagado por concepto de prima hubiere sido rebajado de la base imponible del impuesto establecido en el artículo 43°.

4°.- Las sumas percibidas por los beneficiarios de pensiones o rentas vitalicias derivadas de contratos que, sin cumplir con los requisitos del Párrafo 2° del Título XXXIII del Libro IV del Código Civil, hayan sido convenidos con sociedades anónimas chilenas, cuyo objeto social sea el de constituir pensiones o rentas vitalicias, siempre que el monto mensual de las pensiones o rentas mencionadas no sea, en conjunto, respecto del beneficiario, superior a un cuarto de unidad tributaria.

5°.- El valor de los aportes recibidos por las sociedades, solo respecto de éstas, el mayor valor al que se refiere el N°13 del artículo 41 y el sobreprecio, reajuste o mayor valor obtenido por sociedades anónimas en la colocación de acciones de su propia emisión, mientras no sean distribuidos. Tampoco constituirán renta las sumas o bienes que tengan el carácter de aportes entregados por el asociado al gestor de una cuenta en participación, solo respecto de la asociación, y siempre que fueren acreditados fehacientemente.

6°.- La distribución de utilidades o de fondos acumulados que las sociedades anónimas hagan a sus accionistas en forma de acciones total o parcialmente liberadas o mediante el aumento de valor nominal de las acciones, todo ello representativo de una capitalización equivalente como así también, la parte de los dividendos que provengan de los ingresos a que se refiere este artículo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 29 respecto de los números 25 y 28 del presente artículo.

824, es por eso que si el legislador hubiese querido eximir de tributación a las rentas ilícitas, lo habría señalado expresamente.

De lo señalado anteriormente, podemos colegir que los ingresos ilícitos sí son incrementos de patrimonio, y por tanto, tributables, la doctrina nacional se encuentra, en su mayoría, conteste con dicho concepto, así Figueroa Velasco señala que: "... la renta está representada por la riqueza que acrecienta el patrimonio del contribuyente en un determinado periodo de tiempo, con prescindencia de que este aumento patrimonial derive de una fuente permanente u ocasional, o que provenga de una mera liberalidad"⁵⁶. La jurisprudencia también se ha pronunciado en relación al tema, siendo uno de los principales casos el llamado Caso Codelco o Caso Dávila, causa Rol N°3.983/96, de fecha 2 de septiembre de 1997, en el cual la Excelentísima Corte Suprema señaló que la amplitud con la que fue concebida por el legislador el concepto de renta, como también al no estar contemplada dentro de los ingresos patrimoniales no constitutivos de renta, se puede estimar que dichos ingresos ilícitos sí son constitutivos de renta, y por tanto gravables. Posteriormente, el mismo Excelentísimo Tribunal, en causa Rol N°990/05 de fecha 19 de octubre de 2006, señala que los ingresos que constituyen utilidad o beneficio que rinda una cosa o actividad, cualquiera sea la naturaleza, origen o denominación, son hechos constitutivos de renta.

7°.-Las devoluciones de capitales sociales y los reajustes de estos efectuados en conformidad a esta ley o a leyes anteriores, siempre que no correspondan a utilidades tributables capitalizadas que deban pagar los impuestos de esta ley. Las sumas retiradas, remesadas o distribuidas se imputarán y afectarán con los impuestos de primera categoría, global complementario o adicional, según corresponda, en la forma dispuesta en el artículo 14, imputándose en último término el capital social y sus reajustes, solo hasta la concurrencia del monto aportado por el propietario, socio o accionista perceptor de esta devolución, incrementado o disminuido por los aportes, aumentos o disminuciones de capital que aquellos hayan efectuado, cantidades que se reajustarán según el porcentaje de variación del Índice de Precios al Consumidor entre el mes que antecede a aquél en que ocurrieron y el mes anterior al de la devolución. (...).

⁵⁶ FIGUEROA, P. 2000. Manual de Derecho Tributario. El impuesto a la Renta. Parte General. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. P. 25.

Por tanto, no existe hoy discusión en la doctrina del concepto de amplitud que presenta el concepto de Renta por nuestro legislador, y es más, las veces en que éste ha querido dejar un hecho exento de tributar, lo ha dispuesto expresamente.

Además, en nuestro país, al igual que en la legislación española, se consagra en el artículo 19 N°20⁵⁷, principio de igualdad tributaria y la capacidad contributiva, es por eso que no correspondería hacer diferencias entre aquel ciudadano infractor por sobre el cumplidor, menos aún, si dichas diferencias van en razón de beneficiar al ciudadano infractor.

Con todo, en cuanto a la crítica que se formula a que la obligación de declarar las rentas de origen delictivo atentaría contra el principio de no auto inculparse, podemos sostener que el artículo 19 N°7⁵⁸, letra f) de nuestra Constitución se ocupa de ello señalando: "...en las causas criminales no se podrá obligar al imputado o acusado a que declare sobre hechos propios...", es claro el tenor del artículo al señalar, que de por medio debe haber un juicio criminal, por tanto, las administraciones tributarias, al exigir tal declaración, en

⁵⁷ Art. 19.-La Constitución asegura a todas las personas:

20°.- La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas.

En ninguno de los casos, la ley podrá establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos. Los tributos que se recauden, cualquiera que sea su naturaleza, ingresarán al patrimonio de la Nación y no podrán estar afectos a un destino determinado.

Sin embargo, la ley podrá autorizar que determinados tributos puedan estar afectos a fines propios de la defensa nacional. Asimismo, podrá autorizar que los que gravan actividades o bienes que tengan una clara identificación regional o local puedan ser aplicados, dentro de los marcos que la misma ley señale, por las autoridades regionales o comunales para el financiamiento de obras de desarrollo;

⁵⁸ Art. 19.-La Constitución asegura a todas las personas:

7°.-El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual.

En consecuencia:

f) En las causas criminales no se podrá obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre hecho propio; tampoco podrán ser obligados a declarar en contra de éste sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que, según los casos y circunstancias, señale la ley.

ningún momento vulneraría tal principio, misma interpretación acuñada por el Tribunal Constitucional Español.

En el caso de la legislación chilena, no viene a ser aplicable el hecho de que dichas ganancias puedan caer en comiso, esto porque el artículo 31 del Código Penal al regularlo nos dice: “Toda pena que se imponga por un crimen o simple delito, lleva consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los instrumentos con que se ejecutó, a menos que pertenezcan a un tercero no responsable del crimen o simple delito”, el cual al ser relacionado con el artículo 45⁵⁹ de la Ley N°20.000, es claro que el artículo 31 no hace caer en comiso las ganancias de los delitos, pudiendo solo ser comisadas aquellas que obtuvo directamente, mas no aquellas que obtuvo de la explotación de utilidades indebidas, es por eso que, cuando el legislador ha querido que dichas ganancias sean decomisadas, expresamente lo ha señalado como es el caso del artículo 45 de la Ley N°20.000.

Es por lo mismo, que como posteriormente veremos, se estima aplicable la misma prevención que en el caso español, en cuanto al comiso de las actividades derivadas del narcotráfico y el blanqueo de capitales cuando el delito subyacente es el tráfico de drogas o sustancias psicotrópicas, que en este tipo de delitos el concepto de comiso contemplado en la Ley es de un carácter tan extensivo que no deja ganancias derivadas del delito o de la inversión de dichas rentas ilícitas, esto porque, es preferible que el juez, ante la dificultad de

⁵⁹ Artículo 45.-

Sin perjuicio de las reglas generales, caerán especialmente en comiso los bienes raíces; los inmuebles, tales como vehículos motorizados terrestres, naves y aeronaves, dinero, efectos de comercio y valores mobiliarios; y, en general, todo otro instrumento que haya servido o hubiere estado destinado a la comisión de cualquiera de los delitos penados en esta ley; los efectos que de ellos provengan y las utilidades que hubieren originado, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, o las transformaciones que hubieren experimentado, como asimismo, todos aquellos bienes facilitados o adquiridos por terceros a sabiendas del destino u origen de los mismos.

Igual sanción se aplicará respecto de las sustancias señaladas en el inciso primero del artículo 2°, y de las materias primas, elementos, materiales, equipos e instrumentos usados o destinados a ser utilizados, en cualquier forma, para cometer alguno de los delitos sancionados en esta ley.

dilucidar cuándo las rentas dejan de ser ilícitas, que ordene el comiso de todas las fuentes derivadas directa e indirectamente de dichos delitos.

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA:

En este punto se abordarán aquellos ingresos que dicen relación con el aumento de patrimonio de las personas físicas, y no se someterá a análisis lo relativo al hecho imponible derivado del Impuesto al Valor Agregado. Tampoco será parte de este trabajo las rentas de origen delictivo que provengan de los delitos contemplados en los artículos 359 a 378 del Código Penal, esto en razón de lo prescrito por el artículo 374 del mismo cuerpo legal⁶⁰, en cuanto a la regulación hecha del comiso a los instrumentos, productos, objetos y ganancias derivados de los delitos contra la salud pública y del blanqueo de capitales cuando tiene como delito subyacente a aquéllos, esto porque somos de la opinión que aquel comiso no admitiría las ganancias una vez que operase, como tampoco aquellos bienes ingresarían al patrimonio del acusado.

Existe en la actualidad una confusión en cuanto a si las ganancias ilícitas, es decir, todas aquellas ganancias que tengan un origen ilícito o en un delito, deben o no tributarse y, por lo mismo, en caso de que no sean declaradas por los contribuyentes, es posible generar un giro y cobrar el impuesto que no ha ingresado a las arcas fiscales.

⁶⁰ Artículo 374.

En los delitos previstos en el artículo 301.1, párrafo segundo, y 368 a 372, además de las penas que corresponda imponer por el delito cometido, serán objeto de decomiso las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el artículo 371, así como los bienes, medios, instrumentos y ganancias con sujeción a lo dispuesto en los artículos 127 a 128 de este Código y a las siguientes normas especiales:

1° Una vez firme la sentencia, se procederá a la destrucción de las muestras que se hubieran apartado, o a la destrucción de la totalidad de lo incautado, en el caso de que el órgano judicial competente hubiera ordenado su conservación.

2° Los bienes, medios, instrumentos y ganancias definitivamente decomisados por sentencia, que no podrán ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni a las costas procesales, serán adjudicados íntegramente al Estado.

En este sentido, Chico de la Cámara y Herrera Molina⁶¹ señalan que las ganancias no justificadas de patrimonio es aquel mecanismo jurídico presuntivo para combatir la elusión de pago de impuestos. Dichas ganancias no justificadas de patrimonio, junto a otros elementos –rendimientos de trabajo, de capital, de actividades económicas, ganancias de patrimonio y de imputación de rentas- figuran lo que llamamos el hecho imponible del impuesto a las rentas de las personas físicas (IRPF)⁶². En un sentido contrario, en cuanto a considerar parte del hecho imponible las ganancias no justificadas de patrimonio, Silvana Bacigalupo señala que: “no se puede convertir de este modo al Estado en receptor o “partícipe” del delito del que proceden las ganancias ilícitas, permitiéndole ingresar en concepto de tributos dinero ilícitamente obtenido por un ciudadano en su patrimonio. Sin duda alguna, este es punto neurálgico de la cuestión: se trata de si el Estado está moralmente legitimado para exigir (...) una “participación en los beneficios ilícitamente obtenidos”, es decir, para convertirse por esta vía, en receptor de los beneficios del delito”⁶³. En contrario, Herrera Molina señala que con la fiscalidad de los actos delictivos intenta evitar un privilegio para el delincuente y nos supone una conducta semejante a la

⁶¹HERRERA, P., y CHICO DE LA CAMARA, P. 1994. Los incrementos no justificados del patrimonio como componente imponible presunto del impuesto sobre la renta. CREDF, N°81. P.18. En este caso se presume por la Administración Tributaria un ingreso del contribuyente que no ha declarado dichos ingresos, por lo que deberá acreditar que dichos ingresos ya pagaron un impuesto anteriormente o bien que no son parte de su patrimonio y no han entrado a poder satisfacer su estilo de vida.

⁶²CHICO DE LA CAMARA, P. 1999. Las Ganancias no justificadas de Patrimonio en el IRPF. Madrid, Instituto de Estudios Fiscales y Marcial Pons. P. 21. Con lo anterior, el autor se refiere a los hechos sobre los cuales se deberá calcular el impuesto a pagar por el año tributario presente. En este mismo sentido, GALARZA, C.2005. La tributación de los actos ilícitos. Madrid, Editorial Aranzadi. Pp. 31-35. Al señalar como hecho imponible el hecho previsto en la norma que al concretarse genera la obligación tributaria.

⁶³BACIGALUPO, S. 2001.Op. Cit. En respuesta a esta autora, RUIZ, J. 2000. La tributación de las actividades ilícitas en el ordenamiento jurídico español: Derecho positivo y jurisprudencia. En: Quincena Fiscal: Revista de actualidad fiscal N°20. P.11. Al señalar que la posición contraria a la tributación de las ganancias ilícitas, forjada en aras de la moralidad del Estado, se fundamenta simplemente en conjeturas de corte moralista, impropias de una auténtica teoría jurídica, frente a la argumentación favorable a la tributación de esas actividades basadas en los principios de actividad económica e igualdad. Opinión última que es compartida en este trabajo, la cual será presentada a lo largo de esta exposición.

receptación, pues las ganancias se extirpan del tráfico delictivo para destinarse a financiar actividades en favor del interés general⁶⁴.

Es necesario recordar que no existe en la legislación norma alguna en la que se prohíba o autorice expresamente la tributación de las rentas obtenidas ilícitamente. En razón a esto se sostiene por algunos que la Constitución Española en su artículo 31⁶⁵ consagra los principios de justicia, igualdad y capacidad de pago para el sistema tributario, el cual viene a ser el argumento central de quienes apoyan esta tesis, la que complementan con los artículos 2º y 7º de la Ley de Impuesto a la Renta de las Personas Físicas, señalando el primero de ellos que es objeto del impuesto la renta del contribuyente, entendida como la totalidad de sus rendimientos, ganancias y pérdidas patrimoniales y las imputaciones de renta que se establezcan por la ley, con independencia del lugar donde se hubiesen producido y cualquiera que sea la residencia del pagador. Agrega que, se gravará la capacidad económica del contribuyente⁶⁶. A su vez, el segundo de ellos señala las rentas que se encuentran exentas del pago de impuestos, no encontrándose entre ellas las

⁶⁴HERRERA, P. 2003. Fiscalidad de los actos ilícitos, la antijuridicidad en los supuestos de hecho de la obligación tributaria. Madrid, Instituto de Estudios Fiscales. P. 27. En este punto el autor deja entrever que no siempre es compatible la tributación de las ganancias ilícitas, opinión que compartimos, y que expondremos más adelante en relación al comiso de los beneficios provenientes de ciertos delitos, como los de tráfico de drogas.

⁶⁵ Artículo 31.

1. Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.
2. El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía.
3. Solo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley.

⁶⁶ Artículo 2. Objeto del impuesto.

Constituye el objeto de este Impuesto la renta del contribuyente, entendida como la totalidad de sus rendimientos, ganancias y pérdidas patrimoniales y las imputaciones de renta que se establezcan por la ley, con independencia del lugar donde se hubiesen producido y cualquiera que sea la residencia del pagador.

que provengan de algún delito, es decir, las de origen ilícito⁶⁷, no constando en este listado, es claro que el legislador quiere que estas sean tributables. A

⁶⁷ Artículo 7. Rentas exentas.

Estarán exentas las siguientes rentas:

- a) Las prestaciones públicas extraordinarias por actos de terrorismo y las pensiones derivadas de medallas y condecoraciones concedidas por actos de terrorismo.
- b) Las ayudas de cualquier clase percibidas por los afectados por el virus de inmunodeficiencia humana, reguladas en el Real Decreto-ley 9/1993, de 28 de mayo.
- c) Las pensiones reconocidas en favor de aquellas personas que sufrieron lesiones o mutilaciones con ocasión o como consecuencia de la Guerra Civil, 1936/1939, ya sea por el régimen de clases pasivas del Estado o al amparo de la legislación especial dictada al efecto.
- d) Las indemnizaciones como consecuencia de responsabilidad civil por daños personales, en la cuantía legal o judicialmente reconocida.

Igualmente estarán exentas las indemnizaciones por idéntico tipo de daños derivados de contratos de seguro de accidentes, salvo aquellas cuyas primas hubieren podido reducir la base imponible o ser consideradas gasto deducible por aplicación de la regla 1º del apartado 2 del artículo 30 de esta Ley, hasta la cuantía que resulte de aplicar, para el daño sufrido, el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, incorporada como anexo a la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre.

- e) Las indemnizaciones por despido o cese del trabajador, en la cuantía establecida con carácter obligatorio en el Estatuto de los Trabajadores, en su normativa de desarrollo o, en su caso, en la normativa reguladora de la ejecución de sentencias, sin que pueda considerarse como tal la establecida en virtud de convenio, pacto o contrato.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, en los supuestos de despidos colectivos realizados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, o producidos por las causas previstas en la letra c) del artículo 52 del citado Estatuto, siempre que, en ambos casos, se deban a causas económicas, técnicas, organizativas, de producción o por fuerza mayor, quedará exenta la parte de indemnización percibida que no supere los límites establecidos con carácter obligatorio en el mencionado Estatuto para el despido improcedente.

El importe de la indemnización exenta a que se refiere esta letra tendrá como límite la cantidad de 180.000 euros.

- f) Las prestaciones reconocidas al contribuyente por la Seguridad Social o por las entidades que la sustituyan como consecuencia de incapacidad permanente absoluta o grave invalidez.

Asimismo, las prestaciones reconocidas a los profesionales no integrados en el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos por las mutualidades de previsión social que actúen como alternativas al régimen especial de la Seguridad Social mencionado, siempre que se trate de prestaciones en situaciones idénticas a las previstas para la incapacidad permanente absoluta o gran invalidez de la Seguridad Social. La cuantía exenta tendrá como límite el importe de la prestación máxima que reconozca la Seguridad Social por el concepto que corresponda. El exceso tributará como rendimiento del trabajo, entendiéndose producido, en caso de concurrencia de prestaciones de la Seguridad Social y de las mutualidades antes citadas, en las prestaciones de estas últimas.

- g) Las pensiones por inutilidad o incapacidad permanente del régimen de clases pasivas, siempre que la lesión o enfermedad que hubiere sido causa de aquellas inhabilitara por completo al perceptor de la pensión para toda profesión u oficio.

-
- h) Las prestaciones familiares reguladas en el capítulo IX del título II del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y las pensiones y los haberes pasivos de orfandad y a favor de nietos y hermanos, menores de veintidós años o incapacitados para todo trabajo, percibidos de los regímenes públicos de la Seguridad Social y clases pasivas.
Igualmente estarán exentas las demás prestaciones públicas por nacimiento, parto o adopción múltiple, adopción, hijos a cargo y orfandad.
También estarán exentas las prestaciones públicas por maternidad percibidas de las comunidades autónomas o entidades locales.
- i) Las prestaciones económicas percibidas de instituciones públicas con motivo del acogimiento de personas con discapacidad, mayores de 65 años o menores, sea en la modalidad simple, permanente o preadoptivo o las equivalentes previstas en los ordenamientos de las Comunidades Autónomas, incluido el acogimiento en la ejecución de la medida judicial de convivencia del menor con persona o familia previsto en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.
Igualmente estarán exentas las ayudas económicas otorgadas por instituciones públicas a personas con discapacidad con un grado de minusvalía igual o superior al 65 por ciento o mayores de 65 años para financiar su estancia en residencias o centros de día, siempre que el resto de sus rentas no excedan el doble del indicador público de renta de efectos múltiples.
- j) Las becas públicas, las becas concedidas por las entidades sin fines lucrativos a las que sea de aplicación el régimen especial regulado en el Título II de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, y las becas concedidas por las fundaciones bancarias reguladas en el Título II de la Ley 26/2013 de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias en el desarrollo de su actividad de obra social, percibidas para cursar estudios reglados, tanto en España como en el extranjero, en todos los niveles y grados del sistema educativo, en los términos que reglamentariamente se establezcan.
Asimismo estarán exentas, en los términos que reglamentariamente se establezcan, las becas públicas y las concedidas por las entidades sin fines lucrativos y fundaciones bancarias mencionadas anteriormente para investigación en el ámbito descrito por el Real Decreto 63/2006, de 27 de enero, por el que se aprueba el Estatuto del personal investigador en formación, así como las otorgadas por aquellas con fines de investigación a los funcionarios y demás personal al servicio de las Administraciones públicas y al personal docente e investigador de las universidades.
- k) Las anualidades por alimentos percibidas por los padres en virtud de decisión judicial.
- l) Los premios literarios, artísticos o científicos relevantes, con las condiciones que reglamentariamente se determinen, así como los premios “Príncipe de Asturias”, en sus distintas modalidades, otorgados por la Fundación Príncipe de Asturias.
- m) Las ayudas de contenido económico a los deportistas de alto nivel ajustadas a los programas de preparación establecidos por el Consejo Superior de Deportes con las federaciones deportivas españolas o con el Comité Olímpico Español, en las condiciones que se determinen reglamentariamente.
- n) Las prestaciones por desempleo reconocidas por la respectiva entidad gestora cuando se perciban en la modalidad de pago único establecida en el Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio, por el que se regula el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único, siempre que las cantidades percibidas se destinen a las finalidades y en los casos previstos en la citada norma.

Esta exención estará condicionada al mantenimiento de la acción o participación durante el plazo de cinco años, en el supuesto de que el contribuyente se hubiera integrado en sociedades laborales o cooperativas de trabajo asociado o hubiera realizado una aportación al capital social de una entidad mercantil, o al mantenimiento, durante idéntico plazo, de la actividad, en el caso del trabajador autónomo.

ñ) Los rendimientos positivos del capital mobiliario procedentes de los seguros de vida, depósitos y contratos financieros a través de los cuales se instrumenten los Planes de Ahorro a Largo Plazo a que se refiere la disposición adicional vigésima sexta de esta Ley antes de la finalización de dicho plazo, determinará la obligación de integrar los rendimientos a que se refiere el párrafo anterior generados durante la vigencia del Plan en el periodo impositivo en que se produzca tal incumplimiento.

o) Las gratificaciones extraordinarias satisfechas por el Estado español por la participación en misiones internacionales de paz o humanitarias, en los términos que reglamentariamente se establezcan.

p) Los rendimientos del trabajo percibidos por trabajos efectivamente realizados en el extranjero, con los siguientes requisitos:

1°. Que dichos trabajos se realicen para una empresa o entidad no residente en España o un establecimiento permanente radicado en el extranjero en las condiciones que reglamentariamente se establezcan. En particular, cuando la entidad destinataria de los trabajos esté vinculada con la entidad empleadora del trabajador o con aquella en la que preste sus servicios, deberán cumplirse los requisitos previstos en el apartado 5 del artículo 16 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo.

2°. Que en el territorio en que se realicen los trabajos se aplique un impuesto de naturaleza idéntica o análoga a la de este impuesto y no se trate de un país o territorio considerado como paraíso fiscal. Se considerará cumplido este requisito cuando el país o territorio en que se realicen los trabajos tenga suscrito con España un convenio para evitar la doble imposición internacional que contenga cláusula de intercambio de información.

La exención se aplicará a las retribuciones devengadas durante los días de estancia en el extranjero, con el límite máximo de 60.100 euros anuales. Reglamentariamente podrá establecerse el procedimiento para calcular el importe diario exento.

Esta exención será incompatible, para los contribuyentes destinados en el extranjero, con el régimen de excesos excluidos de tributación previsto en el reglamento de este impuesto, cualquiera que sea su importe. El contribuyente podrá optar por la aplicación del régimen de excesos en sustitución de esta exención.

q) Las indemnizaciones satisfechas por las Administraciones públicas por daños personales como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, cuando vengan establecidos de acuerdo con los procedimientos previstos en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por lo que se regula el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

r) Las prestaciones percibidas por entierro o sepelio, con el límite del importe total de los gastos incurridos.

s) Las ayudas económicas reguladas en el artículo 2 de la Ley 14/2002, de 5 de junio.

t) Las derivadas de la aplicación de instrumento de tipo de interés variable de los préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de la vivienda habitual, reguladas en el artículo decimonoveno de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica.

mayor abundamiento, el artículo 2º letra c) de la Ley General Tributaria se refiere a lo que debe entenderse por impuesto: “son los tributos exigidos sin contraprestación cuyo hecho imponible está constituido por negocios, actos o hechos que ponen de manifiesto la capacidad económica del contribuyente”, como ya hemos señalado y señalaremos, no se hace diferencia en cuanto al origen de los bienes, sino que las únicas diferencias vienen dadas por la capacidad contributiva del contribuyente, es decir, el principio de igualdad tributaria.

En virtud de lo señalado anteriormente, es manifiesto que para el IRPF constituyen hechos gravados todos los incrementos de patrimonio que

u) Las indemnizaciones previstas en la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas para compensar la privación de libertad en establecimientos penitenciarios como consecuencia de los impuestos contemplados en la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía.

v) Las rentas que se pongan de manifiesto en el momento de la constitución de rentas vitalicias aseguradas resultantes de los planes individuales de ahorro sistemático a que se refiere la disposición adicional tercera de esta Ley.

w) Los rendimientos del trabajo derivados de las prestaciones obtenidas en forma de renta por las personas con discapacidad correspondientes a las aportaciones a las que se refiere el artículo 53 de esta Ley, hasta un importe máximo anual de tres veces el indicador público de renta de efectos múltiples .

Igualmente estarán exentos, con el mismo límite que el señalado en el párrafo anterior, los rendimientos del trabajo derivados de las aportaciones a patrimonios protegidos a que se refiere la disposición adicional decimoctava de esta Ley.

x) Las prestaciones económicas públicas vinculadas al servicio, para cuidados en el entorno familiar y de asistencia personalizada que se derivan de la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

y) Las prestaciones económicas establecidas por las Comunidades Autónomas en concepto de renta mínima de inserción para garantizar recursos económicos de subsistencia a las personas que carezcan de ellos, así como las demás ayudas establecidas por estas o por entidades locales para atender, con arreglo a su normativa, a colectivos en riesgo de exclusión social, situaciones de emergencia social, necesidades habitacionales de personas sin recursos o necesidades de alimentación, escolarización y demás necesidades básicas de menores o personas con discapacidad cuando ellos y las personas a su cargo carezcan de medios económicos suficientes, hasta un importe máximo anual conjunto de 1,5 veces el indicador público de rentas de efectos múltiples. Asimismo estarán exentas de ayudas concedidas a las víctimas de delitos violentos a que se refiere la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, y las ayudas previstas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, y demás ayudas públicas satisfechas a víctimas de violencia de género por tal condición.

z) Las prestaciones y ayudas familiares percibidas de cualquiera de las Administraciones Públicas, ya sean vinculadas a nacimiento, adopción, acogimiento o cuidado de hijos menores.

obtengan las personas físicas, sin considerar el origen de la misma, por lo que debemos entender comprendidas dentro del hecho gravado, ya descrito, los incrementos patrimoniales que tengan origen ilícito.

En ese sentido, resulta más clara aún, la Ley N°27/2014 que grava a las sociedades, la cual establece en su artículo 4° N°1⁶⁸, que constituirá el hecho imponible la obtención de renta por el contribuyente, cualquiera que fuere su fuente u origen.

Además, se señala que la tributación de las rentas de las personas físicas recae sobre el beneficio, y no sobre la operación en sí, en este sentido podemos citar a don Aparicio Pérez, quien nos dice: "... la tributación recae sobre el beneficio no sobre la operación en sí, por lo que lo obtenido será renta gravable con independencia de las consecuencias que en otros órdenes jurídicos, penal o administrativo común, dé lugar la realización de la actividad... no existe precepto que condicione la fiscalidad de la renta obtenida a que la actividad que la origina sea o no legal, en consecuencia, debe desconectarse el beneficio percibido con la naturaleza ilegal de la actividad que lo genera"⁶⁹. Finalmente, los que se encuentran a favor de la tributación de las rentas ilícitas⁷⁰, señalan que resulta evidente que cuando la renta obtenida se materializa en inversiones y negocios diversos, de los cuales se obtienen nuevos beneficios a los que se hace lo mismo, se establece una cadena que haría imposible aplicar la fiscalidad, si se opta por la no tributación de todo el

⁶⁸ Artículo 4. Hecho imponible.

1. Constituirá el hecho imponible la obtención de renta por el contribuyente, cualquiera que fuere su fuente u origen.
2. En el régimen especial de agrupaciones de interés económico, españolas y europeas, y de uniones temporales de empresas, se entenderá por obtención de renta la imputación al contribuyente de las bases imponibles, gastos o demás partidas, de las entidades sometidas a dicho régimen.
En el régimen de transparencia fiscal internacional se entenderá por obtención de renta la imputación en la base imponible de las rentas positivas obtenidas por la entidad no residente.

⁶⁹ PÉREZ, A. 1997. Op.cit.P.190.

⁷⁰ CHICO DE LA CÁRAMA, P. Op.cit.; GALARZA, C. Op.cit.; HERRERA, P. Op.cit.; PÉREZ, A. Op.cit.; y LUZÓN, A. 2005. Aspectos constitucionales de la tributación de las rentas de origen delictivo. En: La Ley N°5.

dinero con origen en una actividad ilegal⁷¹. A mayor abundamiento, Seoane Spiegelberg señala: "...la tributación recae no sobre el ejercicio de la actividad en sí, sino sobre el beneficio obtenido, y no existe precepto que condicione la fiscalidad a que la actividad que la origine sea o no lícita. El beneficio incrementa el patrimonio de la persona, financia su forma de vida, le genera nuevos rendimientos (beneficios), que, a su vez, se reinvierten, se blanquean introduciéndose en su circuito legal, estableciendo una cadena en la que sería posible introducir la fiscalidad"⁷².

En relación a los señalado, la jurisprudencia nos ayuda a aclarar todavía más lo acá expuesto, y es así como la Audiencia Nacional, con fecha 27 de septiembre de 1994, confirmada en su línea argumental por la sentencia de 7 de julio de 1996, por el Tribunal Supremo, en el llamado "Caso Nécora", donde se señala que, una serie de personas involucradas en una asociación destinada al tráfico de drogas, en uno de los casos judiciales más grandes que por dicho delito se ha enjuiciado en España. En particular, la condena por delitos fiscales se basa en que la sentenciada Esther Lago "... en connivencia con su marido Laureano Ubiña (líder de la red de tráfico de estupefacientes juzgada), en una sucursal del Banco Bilbao Viscaya de Villagrancia de Arosa, hizo un elevado número de venta de divisas, por un importe que superó con creces la suma de 429 millones de pesetas, procedentes de actividades relacionadas con el transporte y distribución de hachís, recibiendo la vendedora, a cambio de tales divisas, bien dinero en efectivo, bien cheques bancarios al portador, aunque alguna parte se invirtió en pagarés del Tesoro, con la particularidad de que estas operaciones no se anotaban en las cuentas bancarias de Laureano o Esther, ni en las correspondientes a las cuatro sociedades que éstos

⁷¹ LUZÓN, A. 2005. Op.cit. En este sentido el autor nos presenta los argumentos a favor de la tributación de las actividades de origen ilegal.

⁷² SEOANE, J. 2000. El delito de defraudación tributaria. En: Temas de Derecho penal tributario. Madrid, Marcial Pons. P. 92.

manejaban, sino en una cuenta interna del propio Banco... amparándose en tales cuatro sociedades para dar apariencia de licitud a tales operaciones sin que en 1987 y 1988 fueran declarados a Hacienda los incrementos patrimoniales que tales operaciones revelaban.” Para resolver el caso ya señalado la Audiencia Nacional tuvo la siguiente línea argumental, en cuanto a que el principio de igualdad ante el impuesto, prohíbe un tratamiento fiscal más favorable a quien viole el Derecho que a quien lo respete, careciendo de todo sentido que, mientras una persona que tenga beneficios lícitos, por ocultarlos a la Hacienda sea sancionado por un delito fiscal, otra, receptora de beneficios de ilícita procedencia, no pueda ser castigada por la comisión de dicha figura delictiva, pudiendo además materializarse con tales beneficios inversiones diversas que a su vez van a producir nuevos beneficios, y si se optare por la no tributación del dinero producido por la actividad económica ilegal, se estaría produciendo una barrera que haría prácticamente imposible introducir la fiscalidad de esta cadena de inversiones.

Otra jurisprudencia que nos ayuda a resolver las dudas en cuanto a la tributación o no de las rentas de origen delictivo es el llamado “Caso Roldan”⁷³, resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid el 24 de Febrero de 1998, donde se afirma que el principio de igualdad ante el impuesto prohíbe un tratamiento fiscal más favorable a quien viole el Derecho que a quien lo respete. En segundo lugar, se estableció que no existe ningún precepto, ni en el ámbito tributario ni fuera de él que excluya la tributación de una renta realmente percibida por el sujeto pasivo, sobre la base de la actividad económica que generó los fondos percibidos tenga carácter legal o ilegal. En tercer lugar, se sostiene que la tributación recae sobre el beneficio, no sobre la operación en sí,

⁷³ Aquí el acusado, quien a la sazón estaba en posesión del cargo de director general de la Guardia Civil, durante todo el desarrollo de su mandato, esto es, entre noviembre de 1986 y diciembre de 1993, llevó a cabo una gran cantidad de actos ilícitos, principalmente delitos de cohecho, malversación y estafas, con el propósito de obtener ganancias indebidas, omitiendo declarar dichas rentas.

por lo que lo obtenido será renta gravable. En cuarto lugar, el beneficio deviene propiedad de quien lo obtiene, que financia su forma de vida precisamente con esa renta, por lo que su no tributación supondría una discriminación del que genera los fondos de que dispone de manera ilegal, vulnerando los principios constitucionales de justicia, igualdad y capacidad de pago que para el sistema tributario consagra el artículo 31 de la Constitución. Finalmente, señala que el acusado, como consecuencia de la ilegalidad de su conducta, se vea privado más tarde de los fondos, no excluye el hecho imponible, que se origina con la obtención de renta. Dicha sentencia fue casada ante el Tribunal Supremo, el que, con fecha 21 de diciembre de 1999, planteó dos tipos de argumentos. El primero de ellos, las sumas defraudadas de Hacienda Pública proceden de tres fuentes diversas: rentas obtenidas legalmente, rentas delictivas (procedentes de los delitos de estafa, cohecho y malversación), rendimientos de capital derivados de la inversión de rentas delictivas (indirectamente ilícitas). Por tanto, el delito fiscal se basa en un sustrato complejo y tiene una entidad diversa de los demás delitos cometidos por el recurrente, por lo que no existe lesión del principio non bis in ídem (Fundamento Jurídico 33º). En segundo lugar plantea, no existe un concurso de leyes entre los delitos de estafa, cohecho y malversación y los delitos contra la Hacienda Pública. “En efecto, no concurre en el supuesto actual unidad de acción ni en su vertiente natural ni en su vertiente jurídica. Desde el punto de vista de la acción los hechos que han sido calificados como delitos de malversaciones, cohecho y estafa se integran por una serie de acciones complejas realizadas a lo largo de un prolongado periodo temporal que no coinciden con la actividad realizada al momento de efectuar las sucesivas declaraciones fiscales por parte del agente, declaraciones defraudatorias que no solamente ocultan la mayor parte de los ingresos ilícitos o lícitos del acusado sino que contienen manipulaciones que le llevan incluso a obtener devoluciones. Además, el bien jurídico tutelado por los delitos de

estafa, cohecho y malversación no coincide con el protegido por los delitos contra la Hacienda Pública” (Fundamento Jurídico 31º)⁷⁴.

Finalmente, para terminar de sostener nuestro argumento de tributación de las rentas de origen ilícito, tenemos la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2001, el denominado “caso Urralburu”⁷⁵, en el cual se intenta resolver el problema del concurso de normas entre los delitos tributarios y los otros delitos base. En este punto señala Tribunal Supremo en su fundamento jurídico 27º: “...si bien debe mantenerse que la presunta ilicitud de la procedencia de los bienes no exime del delito fiscal, y que no existe incompatibilidad entre la condena por una serie de delitos que generan beneficios económicos y las condenas fiscales deducidas de incrementos patrimoniales que generan el delito fiscal proceden de modo directo e inmediato de un hecho delictivo que también es objeto de condena (con la consiguiente pérdida de los beneficios derivados del mismo por comiso o indemnización)

⁷⁴ Es claro que la línea argumental del Tribunal Supremo, dice relación con lo expuesto por PÉREZ, A. Op.cit. P.191, en cuanto a sostener que “aquellos delitos en los que el producto directo del delito no acrece el patrimonio del agente porque (...) como puede ocurrir con el robo, extorsión, usurpación, determinadas estafas, apropiación indebida (...), existen otros delitos económicos, como determinadas insolvencias punibles, alteraciones de precios en concursos y subastas, determinados delitos societarios, asociaciones ilícitas, determinadas comisiones obtenidas en casos de prevaricación, cohecho, tráfico de influencias o malversación y, desde luego, el blanqueo, en los que el agente obtiene un beneficio inmediato generado por la comisión del delito. Beneficio que resulta plenamente gravable, porque en estos casos sí se incorpora la ganancia al patrimonio del autor del delito, que financia su forma de vida y que va a generar nuevos rendimientos que se van a integrar en el circuito legal del dinero, generando una cadena en la que, entiendo, resultaría un absurdo jurídico no introducir la tributación”.

⁷⁵ Caso que se trata de Gabriel Urralburu, ex presidente del Gobierno de Navarra y antiguo secretario general de los socialistas navarros, pasará a la historia como el primer mandatario de una comunidad autónoma que ingresó en prisión preventiva y que, ahora, ha sido condenado por cometer varios delitos durante el tiempo de su gestión. La Audiencia Provincial de Navarra lo condenó a 11 años y dos meses de cárcel, por un delito de cohecho continuado (por cobrar comisiones a empresas constructoras para la adjudicación de obras públicas entre 1987 y 1991) y de dos más contra la Hacienda Pública, por la omisión de declaraciones de renta.

El tribunal ha condenado además a Antonio Aragón, quien fue consejero de obras públicas con Urralburu, a siete años y cuatro meses de prisión por los mismos hechos. Las esposas de ambos, Olivia Balda y Anabel Romeo, respectivamente, han sido sentenciados, como encubridoras del cohecho, a tres años de cárcel cada una. En marzo de 2001 el Tribunal Supremo rebajó la pena a 4 años de cárcel al entender que era incompatible los delitos de cohecho y fraude fiscal.

dado que en estos concretos supuestos la condena por el delito que constituye la fuente directa e inmediata del ingreso absorbe todo el desvalor de la conducta y consume al delito fiscal derivado únicamente de la omisión de declarar los ingresos directamente procedentes de esta única fuente delictiva.” Continúa el Tribunal Supremo en su fundamento jurídico 28º señalando, “...para concretar la doctrina expuesta, ha de señalarse que para la aplicación del concurso de normas (artículo 8 Código Penal) en el que la sanción penal por el delito absorbe el delito fiscal que se considera consumido en aquel, es necesario que concurren tres requisitos:

1. En primer lugar, que los ingresos que genere el delito fiscal procedan de modo directo e inmediato del delito anterior. Cuando no suceda así y nos encontremos ante ingresos de una pluralidad de fuentes o que solo de manera indirecta tengan un origen delictivo porque los beneficios del delito han sido reinvertidos y han dado lugar a nuevas ganancias, no cabe apreciar el concurso normativo.
2. En segundo lugar, que el delito inicial sea efectivamente objeto de condena. Cuando no suceda así, por prescripción, insuficiencia probatoria u otras causas debe mantenerse la sanción por delito fiscal, dado que el desvalor de la conducta no ha sido sancionado en el supuesto delito base (...), solamente si el delito de que proceden los ingresos es finalmente objeto de condena podrá absorber las infracciones fiscales, pero si no lo es por cualquier causa, los delitos fiscales deben ser automáticamente sancionados.
3. Finalmente, que la condena penal del delito base incluya el comiso de las ganancias obtenidas o la condena a su devolución como responsabilidad civil.”

Ahora, en relación a lo señalado, debemos analizar la relevancia fiscal del comiso⁷⁶. Éste fue ampliado por la reforma 15/2003, sin embargo, dicha expansión sigue siendo criticada en doctrina, en este sentido, Aguado Correa señala: "...que el comiso se ha circunscrito a la posibilidad de decomisar los bienes objeto del delito a los casos en los que el blanqueo de capitales sea cometido por personas que pertenezcan a una organización dedicada a tal actividad -302.2 Código Penal⁷⁷- excluyendo en la posibilidad de acordarlo en los supuestos en que la persona que realiza el delito no pertenece a una

⁷⁶ El comiso, de una manera general, se encuentra regulado por los artículos 127 y 128 del Código Penal, el que señala:

Artículo 127.

1. Toda pena que se imponga por un delito doloso llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.
2. En los casos en que la ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de un delito imprudente, el juez o tribunal podrá acordar la pérdida de los efectos que provengan del mismo y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.
3. Si por cualquier circunstancia no fuera posible el decomiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se acordará el decomiso de otros bienes por una cantidad que corresponda al valor económico de los mismos, y al de las ganancias que se hubieran obtenido de ellos. De igual modo se procederá cuando se acuerde el decomiso de bienes, efectos o ganancias determinados, pero su valor sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición.

Artículo 128.

Cuando los referidos efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, podrá el juez o tribunal no decretar el decomiso, o decretarlo parcialmente.

⁷⁷ Artículo 302.

1. En los supuestos previstos en el artículo anterior se impondrán las penas privativas de libertad en su mitad superior a las personas que pertenezcan a una organización dedicada a los fines señalados en los mismos, y la pena superior en grado a los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones.
2. En tales casos, cuando de acuerdo a lo establecido en el artículo 31 bis sea responsable una persona jurídica, se le impondrán las siguientes penas:
 - a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.
 - b) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

organización criminal dedicada a blanquear capitales”⁷⁸. Continúa la autora señalando que: “... la referencia contenida en el artículo 127 del Código Penal a la posibilidad de decomisar las ganancias, “cualesquiera que fueran las transformaciones que hubieren podido experimentar”⁷⁹, no implica la posibilidad de decomisar las ganancias indirectas ni los aprovechamientos, interpretación que viene a ser confirmada por lo dispuesto en el artículo 302.2, pues de otra manera no hubiera hecho falta incluir la referencia expresa a los beneficios indirectos”. En este mismo sentido, Herrera Molina⁸⁰, al señalar que ciertas ganancias delictivas –aquellas no sometidas a restitución- responden al concepto genérico de renta previsto en la definición de ganancias patrimoniales del artículo 33 de la LIRPF⁸¹, es por eso que la mera detentación patrimonial de

⁷⁸ AGUADO C., T. 2003. La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal. En: Revista electrónica de ciencia penal y criminología, N°5. P.16. Señala además, que lo trascendental e innovador acá debió haber sido que el artículo planteara el comiso de las ganancias ilícitamente obtenidas a través de los delitos de imprudencia grave, ya que estas no son consideradas por el legislador dentro de los casos que permiten el comiso de las ganancias.

⁷⁹ *Ibíd.* P. 17.

⁸⁰ HERRERA, P. *Op.cit.* P.91.

⁸¹ Artículo 33. Concepto.

1. Son ganancias y pérdidas patrimoniales las variaciones en el valor del patrimonio del contribuyente que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquél, salvo que por esta Ley se califiquen como rendimientos.
2. Se estimará que no existe alteración en la composición del patrimonio:
 - a. En los supuestos de división de la cosa común.
 - b. En la disolución de la sociedad de gananciales o en la extinción del régimen económico matrimonial de participación.
 - c. En la disolución de comunidades de bienes o en los casos de separación de comuneros.Los supuestos a que se refiere este apartado no podrán dar lugar, en ningún caso, a la actualización de los valores de los bienes o derechos recibidos.
3. Se estimará que no existe ganancia o pérdida patrimonial en los siguientes supuestos:
 - a. En reducciones de capital. Cuando la reducción de capital, cualquiera que sea su finalidad, dé lugar a la amortización de valores o participaciones, se considerarán amortizadas las adquiridas en primer lugar, y su valor de adquisición se distribuirá proporcionalmente entre los restantes valores homogéneos que permanezcan en el patrimonio del contribuyente. Cuando la reducción del capital no afecte por igual a todos los valores o participaciones propiedad del contribuyente, se entenderá referida a las adquiridas en primer lugar. Cuando la reducción del capital tenga por finalidad la devolución de aportaciones, el importe de ésta o el valor normal de mercado de los bienes o derechos percibidos minorará el valor de adquisición de los valores o participaciones afectadas, de acuerdo con las reglas

del párrafo anterior, hasta su anulación. El exceso que pudiera resultar se integrará como rendimiento del capital mobiliario procedente de la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidad, en la forma prevista para la distribución de la prima de emisión, salvo que dicha reducción de capital proceda de beneficios no distribuidos, en cuyo caso la totalidad de las cantidades percibidas por este concepto tributará de acuerdo con lo previsto en la letra a) del artículo 25.1 de esta Ley. A estos efectos, se considerará que las reducciones de capital, cualquiera que sea su finalidad, afectan en primer lugar a la parte del capital social que no provenga de beneficios no distribuidos, hasta su anulación.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, en el caso de reducción de capital que tenga por finalidad la devolución de aportaciones y no proceda de beneficios no distribuidos, correspondiente a valores no admitidos a negociación en alguno de los mercados regulados de valores definidos en la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, y representativos de la participación en fondos propios de sociedades o entidades, cuando la diferencia entre el valor de los fondos propios de las acciones o participaciones correspondiente al último ejercicio cerrado con anterioridad a la fecha de la reducción de capital y su valor de adquisición sea positiva, el importe obtenido o el valor normal de mercado de los bienes o derechos recibidos se considerará rendimiento del capital mobiliario con el límite de la citada diferencia positiva.

A estos efectos, el valor de los fondos propios a que se refiere el párrafo anterior se minorará en el importe de los beneficios repartidos con anterioridad a la fecha de la reducción de capital, procedentes de reservas incluidas en los citados fondos propios, así como en el importe de las reservas legalmente indisponibles incluidas en dichos fondos propios que se hubieran generado con posterioridad a la adquisición de las acciones o participaciones.

El exceso sobre el citado límite minorará el valor de adquisición de las acciones o participaciones conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo de esta letra a).

Cuando por aplicación de lo dispuesto en el párrafo tercero de esta letra a) la reducción de capital hubiera determinado el cómputo como rendimiento del capital mobiliario de la totalidad o parte del importe obtenido o del valor normal de mercado de los bienes o derechos recibidos, y con posterioridad el contribuyente obtuviera dividendos o participaciones en beneficios conforme al artículo 25.1 letra a) de esta Ley procedentes de la misma entidad en relación con acciones o participaciones que hubieran permanecido en su patrimonio desde la reducción de capital, el importe obtenido de los dividendos o participaciones en beneficios minorará, con el límite de los movimientos en capital mobiliario previamente computados que correspondan a las citadas acciones o participaciones, el valor de adquisición de las mismas conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo de esta letra a).

- b. Con ocasión de transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente.
- c. Con ocasión de las transmisiones lucrativas de empresas o participaciones a las se refiere el apartado 6 del artículo 20 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Los elementos patrimoniales a que se afecten por el contribuyente a la actividad económica con posterioridad a su adquisición deberán haber estado afectos ininterrumpidamente durante, al menos, los cinco años anteriores a la fecha de la transmisión.

- d. En la extinción del régimen económico matrimonial de separación de bienes, cuando por imposición legal o resolución judicial se produzcan adjudicaciones por causa distinta de la pensión compensatoria entre cónyuges.

Las compensaciones a que se refiere esta letra d) no darán derecho a reducir la base imponible del pagador ni constituirá renta para el perceptor.

El supuesto al que se refiere esta letra d) no podrá dar lugar, en ningún caso, a las actualizaciones de los valores de los bienes o derechos adjudicados.

e. Con ocasión de las aportaciones a los patrimonios protegidos constituidos a favor de personas con discapacidad.

4. Estarán exentas del impuesto las ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto:

a. Con ocasión de las donaciones que se efectúen a las entidades citadas en el artículo 68.3 de esta Ley.

b. Con ocasión de la transmisión de su vivienda habitual por mayores de 65 años o por personas en situación de dependencia severa o de gran dependencia de conformidad con la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

c. Con ocasión del pago previsto en el artículo 97.3 de esta Ley y de las deudas tributarias a que se refiere el artículo 73 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

d. Con ocasión de la dación en pago de la vivienda habitual del deudor o garante del deudor, para la cancelación de deudas garantizadas con hipoteca que recaiga sobre la misma, contraídas con entidades de crédito o de cualquier otra entidad que, de manera profesional realice la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios.

Asimismo estarán exentas las ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto con ocasión de la transmisión de la vivienda en que concurren los requisitos anteriores, realizada en ejecuciones hipotecarias judiciales o notariales.

En todo caso será necesario que el propietario de la vivienda habitual no disponga de otros bienes o derechos en cuantía suficiente para satisfacer la totalidad de la deuda y evitar la enajenación de la vivienda.

5. No se computarán como pérdidas patrimoniales las siguientes:

a. Las no justificadas.

b. Las debidas al consumo.

c. Las debidas a transmisiones lucrativas por actos ínter vivos o a liberalidades.

d. Las debidas a pérdidas en el juego obtenidas en el periodo impositivo que excedan de las ganancias obtenidas en el juego en el mismo periodo.

En ningún caso se computarán las pérdidas derivadas de la participación en los juegos a los que se refiere la disposición adicional trigésima tercera de esta Ley.

e. Las derivadas de las transmisiones de elementos patrimoniales, cuando el transmitente vuelva a adquirirlos dentro del año siguiente a la fecha de dicha transmisión.

Esta pérdida patrimonial se integrará cuando se produzca la posterior transmisión del elemento patrimonial.

f. Las derivadas de las transmisiones de valores o participaciones admitidos a negociación en alguno de los mercados secundarios oficiales de valores definidos en la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 relativa a los mercados de instrumentos financieros, cuando el contribuyente hubiere adquirido valores homogéneos dentro de los dos meses anteriores o posteriores a dichas transmisiones.

g. Las derivadas de las transmisiones de valores o participaciones no admitidas a negociación en alguno de los mercados secundarios oficiales de valores definidos en la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 relativa a los mercados de instrumentos financieros, cuando el contribuyente hubiera adquirido valores homogéneos en el año anterior o posterior a dichas transmisiones.

bienes ajenos –vgr. Delitos contra la propiedad- no puede reconducirse a ninguna categoría de renta, por lo que no tributará. No obstante si no resultase probado su origen, podrían someterse a gravamen como ganancias patrimoniales no justificadas, según el artículo 39 de la LIRPF⁸². Así, ¿qué sucedería en el supuesto de que los fondos delictivos y otros de origen legal se inviertan en un negocio lícito al que el delincuente también aporte su trabajo personal?, en opinión de Aguado Correa, “esta previsión no implica que se pueda confiscar las ganancias indirectas. Piénsese en aquellos casos en los que ciertas ganancias provenientes de un delito son acrecentadas por otros negocios legales; o aquellos supuestos en los que las ganancias de una empresa pueden llevar a su desaparición; o aquellos otros en que las ganancias provienen de una leve infracción de la ley y se han gastado en su totalidad. Para determinar si también se deben confiscar los beneficios por quien invirtió y gestionó hábilmente las ganancias ilícitamente obtenidas, podríamos acudir a lo dispuesto en la legislación civil. Sin embargo, en nuestra legislación civil, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones, no existe norma expresa en el que de una se conceda la ganancia neta del gestor malicioso al dueño del negocio”⁸³. Ahora bien, en el caso del comiso de las ganancias, ¿qué sucederá si estas se han transformado mediante la adquisición de bienes afectos a la actividad?, resulta aplicable el artículo 28.2 de la LIRPF, que nos dice que para

En los casos previstos en los párrafos f) y g) anteriores, las pérdidas patrimoniales se integrarán a medida que se transmitan los valores o participaciones que permanezcan en el patrimonio del contribuyente.

⁸² Artículo 39. Ganancias patrimoniales no justificadas.

Tendrán la consideración de ganancias de patrimonio no justificadas los bienes o derechos cuya tenencia, declaración o adquisición no se corresponda con la renta o patrimonio declarados por el contribuyente, así como la inclusión de deudas inexistentes en cualquier declaración por este impuesto o por el impuesto sobre el Patrimonio, o su registro en los libros o registros oficiales.

Las ganancias patrimoniales no justificadas se integrarán en la base liquidable general del periodo impositivo respecto del que se descubran, salvo que el contribuyente pruebe suficientemente que ha sido titular de los bienes o derechos correspondientes desde una fecha anterior a la del periodo de prescripción.

⁸³ HERRERA, P. Op.cit. P.96.

la determinación del rendimiento neto de las actividades económicas no se incluirán las pérdidas patrimoniales derivadas de los elementos patrimoniales afectos a las mismas⁸⁴.

Recapitulando, tenemos que no se puede hablar de concurso de leyes entre los delitos de estafa, cohecho y malversación y los delitos contra la Hacienda Pública, por no existir unidad de acción ni identidad de los bienes jurídicos protegidos⁸⁵, sin embargo, es claro que cuando los ingresos del delito fiscal proceden de modo directo o inmediato del delito –estos serán comisados– no se pueden hacer tributar dichos ingresos, por el carácter de ajenidad que tienen, sin embargo, no siempre será posible identificar dichos ingresos, y muchas veces se confunden los ingresos lícitos con los ilícitos, ya que estos últimos son utilizados para financiar negocios lícitos que producirán rentas lícitas, las que deberán ser gravadas y no decomisadas. El comiso de las ganancias tal y como lo plantea el artículo 127 del Código Penal, se aproxima más a una medida civil, destinada a impedir el enriquecimiento injusto, que a una pena, es por eso que solo se limitará a aquellas ganancias que deriven de

⁸⁴ Artículo 28. Reglas generales de cálculo del rendimiento neto.

1. El rendimiento neto de las actividades económicas se determinará según las normas del Impuesto sobre Sociedades, sin perjuicio de las reglas especiales contenidas en este artículo, en el artículo 30 de esta Ley para la estimación directa, y en el artículo 31 de esta Ley para la estimación objetiva.
A efectos de lo dispuesto en el artículo 108 del texto refundido de la Ley de Impuesto sobre Sociedades, para determinar el importe neto de la cifra de negocios se tendrá en cuenta el conjunto de actividades económicas ejercidas por el contribuyente.
2. Para la determinación del rendimiento neto de las actividades económicas no se incluirán las ganancias o pérdidas patrimoniales derivadas de los elementos patrimoniales afectos a las mismas, que se cuantificarán conforme a lo previsto en la sección IV de este capítulo.
3. La afectación de elementos patrimoniales o la desafectación de activos fijos por el contribuyente no constituirá alteración patrimonial, siempre que los bienes o derecho continúen formando parte de su patrimonio.
Se entenderá que no ha existido afectación si se llevase a cabo la enajenación de los bienes o derechos antes de transcurridos tres años desde ésta.
4. Se entenderá el valor normal en el mercado de los bienes o servicios objeto de la actividad, que el contribuyente ceda o preste a terceros de forma gratuita o destine al uso o consumo propio.
Asimismo, cuando medie contraprestación y ésta sea notoriamente inferior al valor normal en el mercado de los bienes y servicios, se atenderá a este último.

⁸⁵ Fundamento Jurídico 31 Sentencia Tribunal Supremo, en el “Caso Roldan”.

delitos o faltas de comisión “dolosas” y además solo a lo que provenga “directamente” del delito, lo que nos dejaría sin comisar una gran cantidad de beneficios valorables en poder del que comete los delitos.

A mayor abundamiento, podemos sostener el principio de la autonomía del Derecho Tributario, del cual podemos inferir que obliga a incluir dentro del hecho gravado renta, todos los ingresos, cualquiera sea su origen o denominación, sin considerar si para el resto del ordenamiento las actividades que las generaron son lícitas o no. Lo anterior se explica, en cuanto el Derecho Tributario puede crear hechos gravados amplios y determinar, a su vez, los hechos que se encontrarán exentos de tributación.

Finalmente, para concluir nuestro trabajo en cuanto a la tributación de las rentas de origen delictivo en la legislación española, nos haremos cargo de una última crítica, que se hace en relación a sostener que el hecho de exigir declaración impositiva respecto de ellos, atentaría contra el derecho a la no autoinculpación. En cuanto a esta crítica, la mejor respuesta la dio el Tribunal Constitucional en la sentencia 76/90 de 26 de abril, al señalar que la exhibición de documentos no equivale a la declaración a que se refieren los artículos 17.3⁸⁶ y 24.2⁸⁷ de la Constitución pues, al exhibir los documentos contables, el

⁸⁶ Artículo 17.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma prevista en la ley.
2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.
3. Toda persona detenida debe ser informada de manera inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.
4. La ley regulará un procedimiento de habeas corpus para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.

⁸⁷ Artículo 24.

contribuyente no está haciendo una manifestación de voluntad, ni emitiendo una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad. Continúa dicha sentencia, señalando que la labor inspectora resultaría prácticamente imposible de no poder exigirles a los contribuyentes el que aporten los datos contables. En el mismo sentido, el Tribunal Supremo en el llamado “caso Roldan” estima que “no puede configurarse como una causa privilegiada de exención de la obligación de declarar, supuestamente amparadas en un derecho constitucional y de la que se beneficiarían los ciudadanos incumplidores de la ley en detrimento de los respetuosos del Derecho”, continúa señalando que, la declaración tributaria carece de contenido incriminatorio, por lo que no podría vulnerar los derechos garantizados por la Constitución.

Es por todo lo descrito anteriormente, que nos parece posible el que se puedan hacer tributar las rentas de origen ilícito, siempre y cuando se tengan presentes las aprensiones hechas a lo largo de este trabajo.

-
1. Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.
 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.
La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

CONCLUSIÓN

Para concluir este trabajo, esperamos haber podido ayudar a recalcar la importancia y peligrosidad que tienen las organizaciones criminales a nivel mundial, por los delitos que estas llevan aparejados y el gran riesgo en que ponen el orden socioeconómico y, en definitiva, a la sociedad toda.

Pudimos ver lo avanzado que se encuentra hoy la legislación sobre el blanqueo de capitales en España y lo lento que se ha avanzado en este terreno en Chile. Quizás en España se debió a la ETA o su cercanía con Italia, país que se ha visto muy afectado por este flagelo.

Sostuvimos la preocupación que existe en las organizaciones internacionales, por detener aquellos países que tienen un control más “flexible” de sus leyes financieras y tributarias, por lo peligroso que resultan estos para el mundo actual.

El blanqueo de capitales o blanqueo de dinero o blanqueo de activos o lavado de dinero –concepto acuñado en Estados Unidos en relación a las lavanderías usadas por la mafia para blanquear el dinero- es un delito que ha tenido una eclosión tremenda en la última década, motivado por las grandes sumas de dinero que maneja el tráfico de drogas, sin embargo, no podemos olvidar hoy otros delitos que también manejan grandes sumas de dinero –muy presentes en España “caso Roldan” y “caso Urralburu”- los cuales, dejan tanto o más dinero que los primeros. Lo complejo del blanqueo de capitales, es que ocultan el dinero base o subyacente, por lo que además de cometer un delito, esconden otro, dejando sin sanción ambos.

Es por todo lo anterior, que se debe luchar dentro de la legislación de cada país, en poder combatir aquellos altísimos beneficios económicos que les dejan a las organizaciones criminales, la comisión de delitos –tráfico de drogas, trata de blancas, delitos urbanísticos, cohechos, defraudaciones tributarias y un

largo etcétera-, consagrando para ellos comisos extensivos –como los contemplados en los casos de tráfico de drogas- que permitan al juez tener todas las herramientas a su favor, para no permitir el enriquecimiento con la comisión de los delitos.

En la segunda parte de este trabajo, analizamos la posibilidad de hacer tributables aquellas rentas que tienen un origen ilícito, llegando a la conclusión de que sí se puede, pero bajo ciertos supuestos que fueron expuestos a lo largo de dichos puntos, es posible que dichos ingresos patrimoniales ilícitos sean considerados como parte del hecho imponible y, por tanto, gravables. Lo anterior, recalcando el carácter autónomo del Derecho Tributario, el principio de igualdad y de capacidad contributiva, conceptos y principios consagrados en ambas legislaciones.

BIBLIOGRAFÍA

1. AGUADO C., T. 2003. La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código Penal. En: Revista electrónica de ciencia penal y criminología, N°5.
2. ÁLVAREZ P., D. y EGUIDAZU P., P. 1997. La prevención del blanqueo de capitales. Pamplona, Aranzadi.
3. BACIGALUPO, S. 2001. Delito fiscal y tributación de ganancias ilícitamente obtenidas. En la Ley N°5394, de 11 de octubre de 2001. En: La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, N° 6, págs. 1478-1487.
4. BAJO F., M. y BACIGALUPO S., S. 2001. Derecho penal económico. Madrid, Centro de Estudios Areces.
5. BLANCO, I. 2012. El delito de blanqueo de capitales. Pamplona, Aranzadi.
6. BLANCO, I. 2014. Combate al lavado de activos desde el sistema judicial. 3° ed. Washington D.C., Organización de los Estados Americanos.
7. BUNSTER, A. 1995. Conferencia sobre la delincuencia organizada. Valparaíso, Universidad de Valparaíso.
8. BUSTOS, J., HORMAZABAL, H. 1997. Lecciones de Derecho Penal V.I. Madrid, Trotta.
9. CARPIO, J. 1997. El delito de blanqueo de capitales en el nuevo Código Penal. Valencia, Tirant lo Blanch.
10. CERVINI, R., CESANO, J. D., y TERRADILLOS, J.M. 2008. El delito de blanqueo de capitales de origen delictivo. Cuestiones dogmáticas y político criminales. Un enfoque comparado: Argentina, Uruguay y España. Buenos Aires, Ediciones Alveroni.

11. CHICO DE LA CAMARA, P. 1999. Las Ganancias no justificadas de Patrimonio en el IRPF. Madrid, Instituto de Estudios Fiscales y Marcial Pons.
12. CHILE. Ministerio de Justicia. 1874. Código penal chileno, versión actualizada a 22 de noviembre de 2016.
13. CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 1980. Constitución política de la República de Chile, versión actualizada a 16 de noviembre de 2015.
14. CHILE. Ministerio de Hacienda. 1974. Decreto Ley N°830, Código tributario chileno, versión actualizada a 1 de agosto de 2016.
15. CHILE. Ministerio de Hacienda. 1974. Decreto Ley N°824, Ley de impuesto a la renta, versión actualizada a 1 de enero de 2017.
16. CHILE. Ministerio de Hacienda. 2014. Ley N°20.780 Reforma tributaria que modifica el sistema de tributación de la renta e introduce diversos ajustes en el sistema tributario, versión actualizada a 15 de diciembre de 2016.
17. CHILE. Ministerio de Hacienda. 2003. Ley N°19.913 crea la unidad de análisis financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos, versión actualizada a 19 de octubre de 2016.
18. CHILE. Ministerio de Hacienda. 2006. Ley N°20.199 modifica la Ley N°19.913, que creó la Unidad de Análisis Financiero.
19. CHILE. Ministerio de Hacienda. 2015. Ley N°20.818 perfecciona los mecanismos de prevención, detección, control, investigación y juzgamiento del delito de lavado de activos.
20. CHILE. Superintendencia de Bancos e Instituciones financieras. Recopilación actualizada de normas, a enero de 2017.
21. CHILE. Superintendencia de Valores y Seguros. 2006. Circular N°1.809, imparte instrucciones sobre prevención de lavado de activos y de financiamiento del terrorismo.

22. CONSEJO DE EUROPA. 1980. Recomendación N° R (80) 10. Adoptada por el Comité de Ministros el 27 de Junio de 1980, durante la 321 reunión de los Delegados de los Ministros.
23. DEL CARPIO, J. 1997. El delito de blanqueo de capitales en el nuevo Código Penal. Madrid, Tirant Lo Blanch.
24. DEL CARPIO, J. 2011. La posesión y la utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo de capitales. En: Revista General de Derecho Penal, N° 15.
25. ESPAÑA. Ministerio de Justicia. 1995. Ley Orgánica 10/1995, Código penal español, versión actualizada a 3 de noviembre de 2016.
26. ESPAÑA. Jefatura del Estado. 2006. Ley N°35/2006, del impuesto sobre la renta de las personas físicas y de modificación parcial de las leyes de los impuestos sobre sociedades, sobre la renta de los no residentes y sobre el patrimonio, versión actualizada a 23 de enero de 2017.
27. ESPAÑA. Cortes generales. 1978. Constitución política de la monarquía española.
28. ESPAÑA. Jefatura de Estado. 2003. Ley N°58/2003, general tributaria, versión actualizada a 17 de diciembre de 2003.
29. ESPAÑA. Jefatura del Estado. 2014. Ley N°27/2014, del impuesto sobre sociedades, versión actualizada a 7 de diciembre de 2016.
30. ESPAÑA. Jefatura del Estado. 2010. Ley N°10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.
31. ETCHEBERRY, A. 1998. Derecho Penal, Parte General. Tomo I, Tercera edición revisada y actualizada. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
32. FIGUEROA, P. 2000. Manual de Derecho Tributario. El impuesto a la Renta. Parte General. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
33. GALARZA, C. 2005. La tributación de los actos ilícitos. Madrid, Aranzadi.

34. GÓMEZ, D. 1996. El Delito de Blanqueo de Capitales en Derecho Español. Barcelona, Cedecs.
35. GÓMEZ, J. 2007. Reflexiones técnicas y de política criminal sobre el delito de blanqueo de bienes y su diferencia con la defraudación fiscal. En: Cuadernos de política criminal, N°91.
36. HERNÁNDEZ, H. 2008. Límites al tipo objetivo de lavado de dinero. En: Delito, pena y proceso. Libro homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
37. HERRERA, P., y CHICO DE LA CAMARA, P. 1994. Los incrementos no justificados del patrimonio como componente imponible presunto del impuesto sobre la renta. CREDF, N°81.
38. HERRERA, P. 2003. Fiscalidad de los actos ilícitos, la antijuridicidad en los supuestos de hecho de la obligación tributaria. Madrid, Instituto de Estudios Fiscales.
39. LUZÓN, A. 2005. Aspectos constitucionales de la tributación de las rentas de origen delictivo. En: La Ley, N°5.
40. MAÑALICH, J.P. 2010. Norma e imputación como categoría del hecho punible. En: Revista Estudios de la Justicia, N°12.
41. MONTT, L. Orden Público Económico y Economía Social de Mercado: elementos para una formulación constitucional. Santiago, Universidad de Chile.
42. MUÑOZ CONDE, F. 1999. Derecho Penal. Parte Especial. Valencia, Tirant Lo Blanch.
43. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. 1998. Convención sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, conocida como "Convención de Viena".
44. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. 2000. Convención de las contra la delincuencia organizada transnacional.

- 45.ORSI, O. 2007. Sistema penal y crimen organizado, estrategias de aprehensión y criminalización del conflicto. Buenos Aires, Editores del Puerto.
- 46.PARDO, M. 2005. El delito de blanqueo de capitales, responsabilidad y comiso. Madrid, Instituto Universitario de Investigación sobre Seguridad Interior.
47. PARLAMENTO Y CONSEJO EUROPEO. 2005. Directiva 2005/60/CE.
- 48.PARLAMENTO Y CONSEJO EUROPEO. 1990. Convenio europeo sobre blanqueo, detección, embargo y confiscación de los productos de un delito.
- 49.PÉREZ, A. 1997. El delito fiscal a través de la jurisprudencia. Pamplona, Aranzadi.
- 50.POLITOFF, S. y MATUS, J. P. 1988. Objeto jurídico y objeto material en los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes, en Tratamiento penal del tráfico ilícito de estupefacientes, Estudios de dogmática y jurisprudencia. Santiago. Editorial Jurídica Conosur.
51. PRADO, V. 1994. El delito de lavado de dinero. Su tratamiento penal y bancario en el Perú. Lima, Idemsa.
- 52.PRAMBS, C. 2005. El delito de blanqueo de capitales. Santiago, LexisNexis.
53. RABINSTEIN, A. 2008. Prevención del lavado de activos y financiación del terrorismo en América Latina. Curso Superior de Prevención de Blanqueo de Capitales, 5º Edición. Madrid, Universidad de Alcalá e Instituto de Estudios Fiscales.
54. ROMERO, B. 2002. El delito de blanqueo de capitales en el Código Penal de 1995. En: Anales de Derecho, Universidad de Murcia, N°20.
55. RUIZ, J. 2000. La tributación de las actividades ilícitas en el ordenamiento jurídico español: Derecho positivo y jurisprudencia. En: Quincena Fiscal: Revista de actualidad fiscal, N°20.

56. SEOANE, J. 2000. El delito de defraudación tributaria. En: Temas de Derecho penal tributario. Madrid, Marcial Pons.
57. SZCZARANSKY C. 1995. Apuntes introductorios a la ley 19.366, Reflexiones sobre el consumo de drogas y pauta de análisis del delito de lavado de dinero. En: Gaceta Jurídica, N° 179.
58. SZCZARANSKI, C. 2004. Algunas reflexiones sobre el lavado de activos y el crimen organizado. En: Seminario Asociación ilícita, experiencias y tendencias actuales. 18 y 19 de octubre de 2004. Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
59. TIEDEMAN, K. 1985. Poder económico y delito. Barcelona, Ariel Derecho.
60. VIDALES, C. 1997. Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995. Barcelona, Tirant Lo Blanch.