

**Comisión de Anteproyecto de Código Penal 2013**

**Propuesta de regulación  
Lavado de Activos**

Gonzalo Medina Schulz  
Santiago, Octubre 2013

## I. Articulado propuesto

**Art. A. Lavado de activos. Art. 279.** Se impondrá la pena de reclusión mayor a prisión menor y multa de ..... al que:

Respecto de objetos apreciables en dinero, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, como asimismo los documentos o instrumentos legales que acreditan la propiedad u otros derechos sobre los mismos que provengan de la perpetración de hechos constitutivos de un hecho antijurídico de otro:

1. cuya pena menor, según la legislación nacional, sea igual o superior a prisión menor

2. *(cuya pena mayor, según la legislación nacional, alcance o sea superior a prisión menor, tratándose de delitos contra el patrimonio ajeno) Optativo*

3. sancionado 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, de 1997, del Ministerio de Hacienda, Ley General de Bancos; en los artículos 59 y 64 de la ley N° 18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile, en los Párrafos 4, 5, 6, 9 y 9 bis del Título V del Libro II del Código Penal, en los artículos 141, 142, 366 quáter, 367 y 367 bis del Código Penal.

a) Los oculte u oculte el origen ilícito de dichos bienes, o

b) Con ánimo de lucro, adquiera, posea o use los referidos bienes, siempre que haya conocido su origen ilícito al momento de adquirirlo o iniciar su uso, tenencia o posesión.

La circunstancia de tener los bienes su origen en hechos constitutivos de los delitos señalados en el inciso primero de este artículo podrá probarse en el mismo proceso que se substancie para juzgar los delitos aquí tipificados y no se requerirá sentencia condenatoria previa.

**Art. B Infracción del deber de cuidado e información.** Quien en el contexto de su actividad profesional adquiera, posea o use los bienes indicados en el inciso primero del artículo anterior y omite comunicar las operaciones, con infracción de los deberes de cuidado relativos a la prevención del lavado de activos de acuerdo a las obligaciones señaladas en los artículos 3° a 6° de la Ley N° 19.913, siempre que no haya tenido participación en el delito del artículo anterior, será castigado con pena de reclusión menor o multa de .....

**Art. C Desistimiento activo.** No será sancionado conforme a lo descrito en los artículos precedentes quién denuncie voluntariamente el hecho a autoridad competente o asegure los bienes de otra manera, si el hecho no estuviese ya en conocimiento de las autoridades y el autor tuviera conocimiento de ello.

## II. Fundamentación general

Para la configuración del tipo de lavado de activos se han tomado en consideración 5 aspectos fundamentales.

La regulación nacional actualmente vigente.

Las propuestas de regulación consistentes en la actual discusión parlamentaria (Boletín 4426-07) y el Anteproyecto de Código Penal de 2005.

La legislación comparada, teniendo a la vista los Códigos penales de España, Alemania, Austria y Suiza, así como la Ley Peruana de Lavado de Activos.

Las nuevas 40 recomendaciones de GAFI, dado el impacto que tienen en la armonización de regulaciones en materia de lavado.

Los problemas y discusiones nacionales que se han originado por la aplicación del tipo penal de lavado de activos.

De esas consideraciones fluyen los puntos más importantes que aparecen como críticos en una regulación del delito de lavado, que consisten en determinar los delitos base o criterios de determinación de los mismos, los bienes objeto del lavado, las conductas que realizan el tipo, las cuestiones del tipo subjetivo, esto es, el tratamiento del dolo eventual y el régimen de responsabilidad por imprudencia, el problema del autolavado y las consecuencias del desistimiento activo.

La propuesta presupone la regulación de un comiso amplio de ganancias, de tal forma que los activos derivados de la comisión de un delito siempre sean extraídos del patrimonio del beneficiario, pero sin que ello de origen necesariamente a una respuesta penal respecto de los sujetos involucrados.

Del mismo modo, la propuesta presupone en su modelo de regulación de los delitos base, una escala de penas como la que fue propuesta a la Comisión, es a ella que se hace referencia y no a la actualmente vigente en nuestro ordenamiento jurídico, sin perjuicio de, tal como se reitera más adelante, entender que una vez concluido el trabajo de la parte especial del Anteproyecto, es necesaria una revisión del listado de delitos base.

La propuesta considera modificaciones sustanciales en el régimen de los delitos base y en los presupuestos de responsabilidad, particularmente en la responsabilidad imprudente y en el autolavado, ambas cuestiones que suscitan problemas relevantes de aplicación de la figura penal.

Con todo, la intención es restringir en ciertos aspectos el alcance de la figura, cuya aplicación se ha orientado en muchos casos a supuestos de hecho en los cuales la frustración de la posibilidad de alcanzar a los bienes producto de ilícitos se encuentra poco expresada.

Es por ello que la figura del autolavado se elimina en la regulación, considerando para ello

esencial que se mantenga como parte integrante de la propuesta una regulación amplia del comiso de ganancias. En el mismo sentido, la propuesta esta pendiente de la determinación del sistema de pena de multa para completar el marco sancionatorio.

Por último, la propuesta no toma partido por la ubicación sistemática de la figura penal, dependiendo en parte de decisiones sobre la estructura de la parte especial que estan vinculadas a la regulación y posicionamiento de los delitos de receptación y obstrucción a la investigación y tampoco de la penalidad por parte de una organización ilícita, como lo contempla hoy el art. 28 de la ley 19.913, pues se considera que ello debería quedar entregado a las reglas generales de regulación de las asociación ilícitas en el contexto de la parte especial.

### **III. Fundamentación particular**

#### **1.- Los delitos base.**

El delito de lavado de activos en si mismo constituye una forma de ilícito derivado, dado que siempre subyace al mismo el origen delictual de los bienes que son objeto de alguna de las maniobras constitutivas de lavado de activos. En nuestro derecho, actualmente los delitos base del lavado de activos están establecidas de forma taxativa en el literal a) del art. 27. Por tanto, pueden constituir figuras base del delito del tipo de lavado de activos, las siguientes figuras penales:

Todas las figuras penales de la ley 20.000 sobre drogas y estupefacientes, terrorismo (Ley N° 18.314), comercialización (fabricar, armar, transformar, importar, etc.) de armas sujetas a control sin autorización (artículo 10 de la ley N° 17.798 sobre control de armas), Los delitos contenido en la Ley de Mercado de Valores en su Título XI, los delitos de contemplados en el Título XVII de la Ley General de Bancos, l(i) los tipos penales de secuestro y sustracción de menores, arts. 141 y 142 del Código Penal y (ii) algunos delitos en materia sexual, siendo estos los de abuso sexual impropio del art. 366 quater, la promoción o facilitación de prostitución de menores, del art. 367 y la explotación de personas con fines de explotación sexual y laboral. Se agregan los delitos contemplados en la Ley Orgánica del Banco Central, contemplados actualmente en el proyecto de ley que reforma, entre otros asuntos, el art. 27 de la ley 19.913.

Sin perjuicio de mantener, en lo esencial, el catálogo actualmente vigente, se amplía la figura del lavado por diversas vías. Por una parte por medio de combinar los criterios de umbral y de enumeración. Así, siguiendo recomendaciones internacionales, se establece en general para todos los delitos con una pena superior a cinco años, cuando esta es la pena mínima contemplada para la legislación por la figura. Tal opción es concordante con los presupuestos procesal penales de procedencia de medidas especiales de investigación, que por regla general solo proceden en caso de crimen.

Con todo, un puro criterio de pena puede producir problemas al no abarcar algunas figuras que debiesen estar cubiertas por el lavado de activos. Por ello, se opta por un segundo campo de delitos base, que rebaja el marco de pena, a aquellos delitos que como pena máxima alcance la prisión menor, siempre que se trate de delitos que afectan el patrimonio ajeno (regla del CP Austríaco), de tal forma de dar cabida a una serie de figuras penales con eminente contenido patrimonial. Sin perjuicio de ello, esta inclusión depende de la configuración que en el Anteproyecto se de al delito de receptación, a fin de evitar cubrir la conducta con ambos delitos, de ahí que la inclusión de esta clase de delitos entre los delitos base es una cuestión que ha decidirse en la coordinación de ambos tipos penales.

El catálogo cierra con las figuras enumeradas, cuya revisión depende en buena parte de las penas que se establezcan para ellos en el proyecto definitivo, no hagan innecesaria su inclusión por estar ya contemplados en virtud de las reglas precedentes. Con todo, se ha preferido dejar el catálogo actual, que da cuenta de las principales figuras penales vinculadas a enriquecimientos provenientes de actividad económicas ilícitas

Sin perjuicio de lo aquí propuesto, existen materia relevantes cuya discusión como delitos base del lavado de activos no puede realizarse sin consideración al particular estatus de esas figuras. De ese modo, delitos tributarios o aduaneros son cuestiones que en el actual sistema de justicia criminal poseen particularidades vinculadas al ejercicio de la acción penal. Por ello, su inclusión como delitos base del lavado de activos, si bien sería acorde a las tendencias internacionales y en Derecho comparado, resultarían bajo el actual régimen disruptivas en nuestro ordenamiento jurídico.

Con todo, se requiere una revisión más acabada de los delitos base en consideración al catálogo completo de la parte especial una vez que el Anteproyecto de Código Penal este en su fase final de elaboración.

## **2.- Relaciones de los tipos base con el lavado de activos.**

La idea central del nexo con un hecho antijurídico se mantiene en la propuesta en el inciso primero, por medio de la exigencia de que los bienes objeto del lavado provengan de un hecho de tal clase como referencia expresa.

Se mantiene asimismo el actual requerimiento a que el delito base no requiere ser establecido por medio de una sentencia judicial previa, sino que puede ser determinado en el mismo proceso en que se investigue el delito principal

En cuanto al lugar de comisión del hecho base, se mantiene la regla de que es indiferente que el delito base sea cometido en Chile o el extranjero, dado el carácter transnacional del lavado y su vinculación a criminalidad organizada.

Los bienes sustitutos. La inclusión de la mención al caso de vínculos directos o indirectos, parece reflejar la decisión legislativa en torno a incluir el llamado lavado en cadena o sustitutivo. Mientras que en el blanqueo sustitutivo existe una transformación de las ganancias derivadas del delito que da origen a los bienes, en el blanqueo en cadena, existe un cambio de titular respecto a los bienes objeto del blanqueo.

Esto introduce el problema de determinar cual es la extensión de la “contaminación” de los bienes objetos del blanqueo, pues sin límites a esa transferencia de ilicitud, los alcances del tipo penal serían inapropiadamente amplios.

La propuesta opta por una solución distinta a la actualmente vigente, prescindir de la expresión “directa o indirectamente” entendiéndose que el problema del lavado en cadena debería ser en principio una cuestión de respuesta dogmática y no legal. Así, las legislaciones de Alemania, Austria y Suiza utilizan la expresión “proviene”, de la cual se ha originado un fructífero trabajo dogmático respecto a la conexión con bienes sustitutos.

### **3.- Objeto material de la acción: los bienes objeto del lavado**

En cuanto a los bienes susceptibles de ser objeto de las conductas de lavado de activos, ese mantiene una amplia caracterización de los mismos, incorporando tanto bienes muebles como inmuebles, corporales e incorpóreas, tangibles e intangibles, así como los documentos que dan cuenta de la propiedad u otros derechos sobre los mismos.

Frente a la alternativa de regulación referida a la utilización de una expresión genérica (objetos patrimoniales) se prefiere mantener la actual enumeración que resulta más cercana a las exigencias de instrumentos y organismos internacionales.

### **4.- Las conductas típicas de lavado**

Teniendo en vista las modalidades de comisión del lavado de activos, la propuesta opta por conservar las dos modalidades actualmente existentes, las de ocultamiento y el aislamiento, del mismo modo que el tipo penal alemán.

#### **4.1.- La modalidad de ocultamiento.**

Esta modalidad establecida actualmente en el literal a) del art. 27 se refiere al que de cualquier forma oculte o disimule del origen ilícito de los bienes o los bienes mismos. De esta forma, la conducta puede recaer sobre dos objetos distintos: (i) las formas en las que los bienes han sido obtenidos por el titular o (ii) la existencia de los bienes mismos.

La propuesta conserva ambas modalidades, pero introduce algunos cambios. En primer lugar, elimina la superflua fórmula de “*cualquier forma*” por considerar que no realiza una contribución relevante a la interpretación de la figura penal.

Por ocultar se entiende el disfrazar algo, ocultar la verdad acerca de aquello. Esta forma de conducta típica se encuentra ya presente en diversos instrumentos internacionales referidos al lavado de activos. Se simplifica la normativa en cuanto se elimina la voz disimular y se mantiene únicamente la de ocultar, la cual tiene un alcance suficientemente amplio. Entre nosotros, se ha considerado que el empleo de la voz ocultar es de tal forma amplio, que permite desde ya afirmar dos formas de comisión del lavado de activos, la modalidad comisiva y la omisiva.

La razón para eliminar la voz “disimular” obedece a que esta ha dado pie a interpretaciones, según las cuales se ha entendido que constituye una modalidad diversa del ocultar, constitutiva de una forma autónoma de injusto, que explica el concurso real con el autolavado de activos y que a diferencia de la forma de ocultamiento, requiere un plus de injusto constituido por la exigencia de engaño, fraude o astucia.

El ocultamiento no cabe entenderse sólo como una forma física de esconder los objetos, sino que en primer término resulta aplicable a transacciones u operaciones que permitan la

pérdida del rastro jurídico de los bienes o la no detección de las operaciones que les dan origen. Así, conductas como la utilización de sociedades pantalla han sido entendidas por nuestros tribunales como formas de realización de ocultamiento o disimulación.

Por último, se prescinde de emplear la fórmula “a sabiendas”. Esta ha sido fuente de debate en cuanto a la aceptación de la comisión del lavado mediando dolo eventual. Sin perjuicio de que a nivel de Derecho comparado se utiliza la expresión sin que ello sea obstáculo para la procedencia de responsabilidad a título de dolo eventual y que parte de nuestra doctrina y jurisprudencia afirman la ausencia de exclusión del dolo eventual cuando tal expresión es utilizada, se prefiere a fin de simplificar la disposición eliminar la referencia.

#### **4.2.- La modalidad de aislamiento.**

La segunda modalidad que se establece es aquella que suele denominarse de aislamiento. En este caso, se trata de la conducta actualmente descrita en el art. 27 letra b) de la ley 19.913. Se sancionan cuatro conductas, la adquisición, la posesión, la tenencia o el uso y, adicionalmente, se formulan algunas exigencias en ámbito del tipo subjetivo, una referida al dolo, la otra a una tendencia interna trascendente, el ánimo de lucro.

Los sentidos de las expresiones utilizadas en la modalidad de aislamiento pueden a la vez subdividirse en formas de actuación. La adquisición y la posesión, la tenencia y el uso.

Las dos primeras referidas a operaciones jurídico-económicas, las dos restantes a conceptos más bien materiales, que describen estados de cosas o sucesos, con independencia de su significación jurídica o económica. En cuanto al adquirir, se trata de una formulación amplia, en términos tales que quedan abarcados todos los actos que posibilitan entrar en posesión de la cosa.

Se mantiene en la propuesta el catálogo de conductas actualmente existente y que proponía en el AP 2005 y similar al que existe en la regulación alemana.

##### **a.- Conocimiento y ánimo de lucro**

La propuesta conserva las restricciones en el plano subjetivo actualmente existentes para esta modalidad. El ánimo de lucro puede ser considerado como un elemento subjetivo especial, una tendencia interna trascendente, tendencia que se suma a la comprobación del dolo.

En cuanto a este último elemento, debe tenerse presente lo indicado precedentemente respecto al alcance del dolo en materia de lavado de activos, pues las mismas consideraciones formuladas respecto a la procedencia del dolo eventual en el caso de las modalidades de la letra a) del art. 27 son procedentes aquí.

#### **5.- El autolavado**

La propuesta opta por la exclusión del autolavado, contemplado hoy en el inciso final del



art. 27 de la ley 19.913, dentro del campo de punibilidad del delito. A tal efecto, se establece en el inciso primero de la disposición que ha de tratarse de bienes provenientes de un delito “*de otro*”

El AP 2005 establecía también una solución al punto, por medio de las siguientes reglas:

*Si el responsable de los hechos que originaron los bienes a que se refiere esta disposición incurre, además, en alguna de las figuras que aquí se sancionan, sólo se le impondrá la pena correspondiente a los delitos en que tales bienes se originaron, a no ser que por cualquier motivo no pueda imponerse la pena por esos delitos o su conducta comprenda bienes provenientes de delitos cometidos por terceras personas.*

*En todo caso, nunca podrá imponerse una pena superior a la mayor asignada por la ley para el autor del delito más grave del cual provienen los bienes objeto del delito tipificado en este artículo.*

Sin embargo, esta regla parte de dos supuestos problemáticos. El primero es asumir la solución del autolavado desde la óptica del acto posterior copenado, como tradicionalmente lo hace la dogmática alemana. Sin embargo, tal razonamiento, válido en la receptación, requiere de la identidad de los bienes jurídicos afectados por el delito previo y el lavado, cuestión que esta propuesta descarta como una tesis correcta.

En segundo término, la regla es compleja a la luz de los delitos base, pues la penalidad asignada a esto en ocasiones será mayor que la asignada al lavado, en otras menor. Por ello, no es aplicable siempre el principio de que el delito previo consume al previo.

En la propuesta se opta por la formulación del tipo alemán, que deja abierta la fundamentación de la restricción típica, subyace aquí la idea de que lo que funda la impunidad es la inexigibilidad de otra conducta y el desarrollo del alcance de la excepción corresponde a la dogmática y la jurisprudencia.

## **6.- Art. B. El lavado imprudente de activos**

La modalidad imprudente de comisión del lavado de activos esta expresamente regulada en el vigente tipo penal chileno lo que conlleva en la práctica un aumento de los deberes de cuidado por parte de los agentes que se vean involucrados en sectores de la actividad económica en que se verifiquen riesgos asociados al lavado de activos, en cuanto impone deberes positivos de aseguramiento respecto al origen de los bienes.

Ha de tenerse en consideración que la propuesta de reforma actualmente en curso no solo conserva la responsabilidad imprudente, sino que la amplia cubriendo no solo la modalidad de ocultamiento, sino también la de aislamiento.

La propuesta opta por una línea similar a la AP 2005, elimina el lavado imprudente como figura genérica, pero de modo similar a la regulación suiza o a la disposición pertinente en

la Ley de Lavado de Perú, introduce un tipo específico para la omisión de deberes de cuidado, que corresponden a un círculo especial de destinatarios.

Tal grupo esta constituido por los sujetos especialmente obligados de acuerdo a la ley 19.913 que crea la Unidad de Análisis Financiero y que regula los deberes de control de sujetos especialmente obligados a supervisar transacciones en el mercado.

De esa forma se elimina la alusión genérica a una forma de comisión imprudente del lavado de activos, cuestión relativamente extraña en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, pero se recoge en parte la necesidad de reforzar los controles en las áreas más sensibles del tráfico jurídico-económico.

#### **7.- Art. C. desistimiento.**

La propuesta contiene una regulación expresa de la figura del desistimiento activo que se encuentra presente tanto en el delito alemán como en el Código Penal austríaco. Función de la disposición es contribuir al esclarecimiento del rastro ilícito de los bienes, por medio del incentivo de la impunidad por la colaboración.

En tal sentido la mera colaboración no tiene solo el carácter de circunstancia eximente, sino que dada la naturaleza y funciones del tipo penal parece más adecuado dar a este comportamiento un efecto extraordinario en esta clase de delitos.