**COMENTARIOS SOBRE LA LEY N° 19.913, QUE
CREA LA UNIDAD DE ANÁLISIS FINANCIERO Y
SANCIONA EL BLANQUEO DE ACTIVOS**

Daniel Martorell Correa*

1. INTRODUCCIÓN

Mediante la publicación, en el Diario Oficial con fecha 18 de Diciembre del 2003, de la Ley N° 19.913, se dispuso la creación de la “**Unidad de Análisis Financiero**” modificándose diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos. Del mismo modo se dio origen a nuevos tipos penales y se efectuaron importantes modificaciones legales, generándose un nuevo escenario jurídico.

El texto aprobado consta de 27 artículos permanentes y siete transitorios, repartidos en dos títulos denominados “De la Unidad de Análisis Financiero” (artículos 1 al 18) y “Disposiciones Varias” (artículos 19 al 27).

La iniciativa legal, de acuerdo a su mensaje, tiene tres finalidades básicas: (1) constituirse en el cuerpo orgánico de un nuevo servicio público denominado “**Unidad de Análisis Financiero (UAF)**”, (2) tipificar el blanqueo de activos y las asociaciones cons-

* DANIEL MARTORELL CORREA. Abogado Jefe del Departamento de Estudios del Consejo de Defensa del Estado, Profesor de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

tituidas con este fin, y (3) entregar herramientas para la investigación y sanción de dichos ilícitos.

2. ANÁLISIS GENERAL DE LA LEY N° 19.913

2.a. La Unidad de Análisis Financiero

El artículo 1 de la Ley crea la “**Unidad de Análisis Financiero**” (en adelante UAF), “*como un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios, que se relacionará con el Presidente de la República por medio del Ministerio de Hacienda, cuyo objeto es impedir la utilización del sistema financiero y de otros sectores de la actividad económica, para la comisión de alguna de las formas de blanqueo de activos que se tipifican el artículo 19 del texto*”.

El superior del Servicio es el Director, quien tiene la representación judicial y extrajudicial del mismo (artículo 8) y posee el derecho a ser defendido, con cargo al Servicio, en las acciones que se interpongan en su contra por sus actuaciones funcionarias, abarcando incluso las acciones interpuestas en el período posterior al término en el desempeño del cargo (artículo 9).

2.b. Facultades de la UAF

Conforme al artículo 2, tiene un catálogo normativamente restringido de facultades y funciones, limitación que viene dada por el uso de la expresión “sólo” utilizada por el legislador al inicio de la enumeración, las que son posible de agrupar en aquellas relativas a:

- Solicitud, examen, análisis, verificación y archivo de las operaciones, informes y documentos de una serie de personas, naturales y jurídicas que se indican en el artículo 3, ligadas principalmente a la actividad financiera, de inversión, corretaje, apuestas, etc. (letra a), manteniendo y organizando archivos y bases de datos (letra c)¹.

¹ Cabe hacer presente que, de acuerdo al artículo 5 de la ley, las entidades señaladas en el artículo 3 deben mantener registros, por cinco años, de las operaciones en efectivo superiores a 450 UF e informarlas a la UAF cuando esta lo requiera.

- Disponer la práctica de exámenes periciales, encomendándolos a instituciones públicas o privadas (letra b).
- Impartir instrucciones de carácter general a personas y entidades vinculadas a la actividad comercial, verificando su ejecución (letra e) y recomendar medidas al sector público y privado para prevenir los delitos que sanciona la ley (letra d).
- Intercambiar información con sus similares del extranjero, resguardando la destinación de la información para los fines propios y el principio de reciprocidad.
- Analizar, por lo menos una vez al año, operaciones en efectivo superiores a 450 UF.

2.c. Competencia y principio de reserva

La UAF tiene expresa prohibición de ejercer competencias propias del Ministerio Público o de los Tribunales de Justicia. Del mismo modo se dispone, por medio de disposición expresa, el principio de reserva y destino de la información. De este modo el legislador dispuso que la información que se reciba SÓLO PUEDE SER UTILIZADA para los propósitos establecidos en la ley, no pudiendo, además, ser entregada a organismos o servicios distintos del Ministerio Público (inciso 2°, artículo 2).

Obsérvese que el legislador de un modo categórico dispuso claros límites respecto al uso que puede darse a la información recibida; por una parte, SÓLO se puede utilizar para los fines establecidos en la ley y, por otra, debe ser entregada sólo al Ministerio Público. De este modo se resuelve, mediante norma expresa, la duda que generaba en el sistema anterior la utilidad diversa que podía darse a la información recepcionada, cuando la misma podía llevar a constituir otros delitos distintos como, por ejemplo, delitos tributarios, delitos aduaneros, etc.

La ley expresamente PROHÍBE el uso de la información para otros fines diversos de los establecidos en ella, fijando el doble control señalado respecto al destino de la información.

Si del examen de los antecedentes, el Director estima que aparecen indicios de que se ha cometido alguno de los delitos a que se refiere el artículo 19, deberá disponer su inmediata remisión al Ministerio Público, el que a su vez puede requerir el envío de los antecedentes necesarios para las investigaciones de lavado que practique.

2.d. Deber de informar

Además de las normas ya citadas con relación a las facultades de la UAF, existe una serie de disposiciones que obliga a entidades y personas, fundamentalmente vinculadas al comercio, a remitir información o permitir el acceso a los antecedentes que manejan, básicamente de operaciones sospechosas y de aquellas en efectivo que sean superiores a 450 UF o su equivalente en otras monedas.

Lo anterior se desprende de la simple lectura de las normas legales, concluyéndose la obligación de informar operaciones sospechosas directamente del artículo 3, y operaciones en efectivo superiores a 450 UF al armonizar las siguientes disposiciones:

- a) El artículo 5 establece que las entidades señaladas en el artículo 3 deben mantener, por un plazo mínimo de cinco años, el registro de toda operación en efectivo superior a 450 UF.
- b) La misma norma dispone que el registro anterior deberá mantenerse por el lapso de tiempo señalado para informar a la UAF cuando ésta lo requiera.
- c) El artículo 2, letra g, dispone que es función de la UAF analizar, a lo menos una vez al año, la información señalada en el artículo 5, esto es, la referida a las operaciones en efectivo superiores a 450 UF.

Constituye un elemento incierto determinar en la práctica futura si la obligación de análisis comprenderá su universo total o será desarrollada selectivamente.

Conforme a lo expuesto se concluye que es OBLIGACIÓN de la UAF analizar, al menos una vez por año, las operaciones en efectivo superiores a 450 UF que las instituciones financieras deben registrar para estos efectos.

La ley dispone que las siguientes entidades² tienen la OBLIGACIÓN de informar los actos, transacciones u *operaciones sospechosas*:

- Bancos, instituciones financieras y los factoring.
- Empresas de arrendamiento financiero, de securitización, de transferencias de valores y dineros, las dedicadas a la gestión inmobiliaria.

² El artículo 3, inciso 4º, dispone que para efectos de informar a la UAF las distintas entidades deben designar un funcionario responsable.

- Administradoras generales de fondos y de fondos de inversión.
- El comité de inversión extranjera.
- Las casas de cambios y demás que reciban moneda extranjera.
- El que porte o transporte moneda en efectivo o instrumentos negociables al portador hacia el país por monto superior a 450 UF. En este caso la información es recabada por el Servicio Nacional de Aduanas y remitida por éste a la UAF (artículo 4).
- Las emisoras y operadoras de tarjeta de créditos.
- Las bolsas de comercio.
- Las compañías de seguro.
- Las administradora de fondos mutuos.
- Operadores de mercado futuro.
- Representantes legales de zonas francas, de casinos, de salas de juego y de hipódromos.
- Los agentes generales de aduanas.
- Las casas de remate y martillo.
- Los corredores de propiedades.
- Los notarios y conservadores.

Consciente el legislador de la evidente necesidad de precisar normativamente el concepto, definió qué se entiende por operación sospechosa, indicando que es *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.*

Bien puede concluirse que el concepto utilizado por el legislador resulta inconveniente, vislumbrándose más de algún problema futuro en su aplicación. Al efecto se desprenden de él las siguientes conclusiones:

- 1°. La “operación sospechosa” se determinará de acuerdo a los usos y costumbres de la actividad de que se trate. De este modo una misma operación podrá ser sospechosa para un sector y no para otro.
- 2°. Los usos y costumbres de la actividad son conceptos esencialmente imprecisos y, además, esencialmente cambiantes en el tiempo. Lo que hoy puede resultar inusual, mañana dejará de serlo.
- 3°. La característica cambiante que poseen los usos y costumbres determina la existencia de un período de ajuste en que algo,

que era considerado inusual deja de serlo, o a la inversa; período en que el concepto –ya impreciso– se hace sencillamente inalcanzable.

Sin perjuicio de lo anterior, es un avance en la búsqueda por dar un contenido objetivo y más preciso al concepto la disposición contenida en el inciso 3 del artículo 3, en cuanto señala que la UAF deberá indicar a las entidades obligadas a informar las *situaciones indiciarias* de operaciones sospechosas.

Si bien es cierto la ley no sanciona expresamente dar a conocer a terceros la información anterior, de suyo importante, toda vez que determinará el “catálogo” de las operaciones que deben entenderse indiciariamente sospechosas, dejando abierta la posibilidad de eludirlas al conocerlas, no es menos cierto, que puede –su divulgación– ser capturada típicamente por la parte final del artículo 6 (*Prohíbese a las personas e instituciones señaladas en el artículo 3 y a sus empleados informar al afectado o a terceras personas, la circunstancia de haberse requerido o remitido información a la UAF, como asimismo, proporcionarles cualquier otro antecedente al efecto*). Por su parte, el funcionario de la UAF, eventualmente involucrado en la publicidad de la información anterior, será sancionado por el artículo 13 de la ley.

En cuanto a la reserva o secreto que proteja o pueda proteger la información a remitir, la ley en el inciso 5° del artículo 3, dispone que cualquiera sea el origen o naturaleza de la protección, esto es, legal, reglamentaria o contractual, NO impedirá el cumplimiento de la obligación de entregar los antecedentes. Claramente con ello se dispone la inaplicabilidad del secreto bancario sobre estas materias, lo que de no haberse exceptuado obviamente habría impedido la remisión de los antecedentes y que, por ende, requirió disposición expresa que regulara la preeminencia del deber a informar.

Considerando las responsabilidades que pueden generarse al remitir a la UAF una operación sospechosa que no implique responsabilidad de ninguna índole, afectándose con ello el prestigio del afectado, y a fin de evitar que dicho temor genere abstenciones, se dispuso que *la información proporcionada de buena fe en conformidad a esta ley, eximirá de toda responsabilidad legal a quienes la entreguen*. La misma puede considerarse redundante al considerar que la aplicación de los principios y normas generales llevan a igual conclusión.

2.e. Obligación de secreto

La obligación de guardar secreto respecto de las actuaciones sobre la investigación se encuentra regulada usando como criterio seleccionador al sujeto activo, diferenciando, por ende, quien violenta la obligación del secreto. En dicho contexto se distingue:

- A) *Personas e instituciones obligadas a informar operaciones sospechosas, esto es, las señaladas en el artículo 3*: su obligación de mantener el secreto y la responsabilidad penal en que incurrir en caso de violentar el mismo se encuentran en el artículo 6, asignándoseles una pena de presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de 100 a 400 UTM.
- B) *Funcionarios de la UAF, entendiéndose para estos efectos el que preste servicios a cualquier título en la UAF*: su obligación de conservar el secreto y la sanción penal en caso de violentarlo se encuentran en el artículo 13, inciso 2°, asignándosele una pena de presidio menor en sus grados mínimos a máximo y multa de 40 a 400 UTM³. Cabe considerar que la ley fijó de manera perpetua el deber de guardar secreto para el funcionario de la UAF (artículo 13, inciso 3°).
- C) *Cualquier persona*: su obligación de reserva y su sanción penal en caso de no hacerlo se establece en el inciso 3° del artículo 23, asignándosele una pena de presidio menor en sus grados medio a máximo.

Por su parte, el inciso 1° del artículo 23 de la Ley establece que la investigación de los delitos contemplados en los artículos 19 y 20 será siempre secreta para los terceros ajenos y también para los afectados por una investigación preliminar. Tratándose del imputado y demás intervinientes, también podrá dársele el carácter de secreta cuando así lo disponga el Fiscal por un lapso de seis meses, renovables con autorización el juez de garantía por una sola vez por igual lapso.

2.f. Normas sobre personal

Los artículos 8 y 10 al 18 fijan la orgánica interna de la UAF, disposiciones entre las que cabe destacar:

³ No logra entenderse la diferencia del marco penal, máxime si el marco penal más benigno considerando su escala inicial corresponde al funcionario de la UAF, sobre quien debe pesar con mayor fuerza la obligación del secreto.

- El personal de planta y a contrata se rige por el Estatuto Administrativo, con las excepciones establecidas por la propia ley.
- Para desempeñar el cargo de Director y demás cargos de planta de directivos se requiere título profesional de carrera con a lo menos de diez semestres de duración; requiriéndose, además, para ser Director o Jefe de división una experiencia profesional no inferior a cinco años.
- La planta de Directivos es de exclusiva confianza del Director.
- La UAF podrá integrarse con funcionarios en comisión de servicio de la Superintendencia de Bancos, de Valores, del Servicio de Impuestos Internos, del Consejo de Defensa del Estado, de Aduanas, Carabineros, Policía de Investigaciones, Banco Central y Comité de Inversiones Extranjeras.
- El artículo 11, inciso segundo, obliga a todo el personal a hacer declaración de intereses y de patrimonio que también realizará al cesar en el cargo.
- El artículo 12 establece la incompatibilidad de Directivo en la UAF con toda otra actividad remunerada, salvo la docencia.
- El artículo 15 sanciona con destitución el uso o consumo injustificado de las sustancias estupefacientes o sicotrópicas contenidas en el artículo 1º de la Ley N° 19.366 y la obligación de someterse a controles de consumo (se prohíbe, además, el porte o tenencia de dichas sustancias, pero la ley nada dice si ello ocurre, ya que la destitución quedó sólo aplicable para el caso de *uso o consumo* injustificado). Para tales efectos, todos los funcionarios deben someterse a controles de consumo, de acuerdo a las normas fijadas por el Reglamento a dictarse.

2.g. Disposiciones relativas a los bienes

La ley dispuso innecesariamente de un modo expreso la procedencia de medidas cautelares reales, las que habrían sido aplicables, conforme a las reglas generales, sin necesidad del aludido mandato. Así el artículo 24 consagra la posibilidad de decretar una serie de medidas cautelares para evitar el uso, aprovechamiento, destino o beneficio de los bienes provenientes de los delitos materia del proceso. En todo evento y sin que haya podido ser de otra forma, la ley indica expresamente que corresponde al Ministerio Público solicitar al juez de garantía la imposición de las medidas. Conforme a ello,

claramente y de un modo expreso se apartó por completo a la UAF de la aplicación de las medidas propiamente tales.

Además, se hacen expresamente aplicables las normas de la Ley N° 19.366 y cualquier otra que la sustituya o modifique, respecto a determinadas materias, tales como las referidas a la colaboración que se debe prestar (información, gratuidad, etc.); al uso de técnicas especiales de investigación (agente encubierto, entregas vigiladas, etc.); protección de colaboradores y secreto de determinadas actuaciones; inhabilidades de los abogados; medidas cautelares; normas de juzgamiento (atenuantes, agravantes, etc.) y cumplimiento de sentencia (improcedencia de beneficios de la Ley N° 18.216, comiso, etc.) (artículo 25).

3. NORMAS DE VIGENCIA Y DEROGACIÓN

Su vigencia se rige por las reglas generales, con las siguientes precisiones y excepciones:

- Las normas sobre el deber de informar, vale decir, todo el párrafo 2 del Título I (Artículos 3 a 7, inclusive), entrarán en vigor 150 días después de la publicación de la ley en el Diario Oficial, esto es, el 17 de mayo del año 2004. Lo anterior conforme lo dispone el artículo 7 transitorio.
- Se derogan los artículos 12 y 17 de la Ley N° 19.366 de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 26. Sin perjuicio de ello, se establece expresamente: “*Con todo, los artículos 12 y 22 de la Ley N° 19.366, en lo que concierne a la asociación ilícita para lavar dinero, continuarán vigentes para los efectos de la sanción de los delitos en ellos contemplados y perpetrados con anterioridad a la publicación de esta ley, en cuyo caso la pena se regulará, además, según lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal*”. Con ello el legislador expresamente salvó cualquier problema interpretativo generado a partir de la derogación de tipos penales, dando un contexto normativo expreso a la ultraactividad de la norma penal. Si bien lo anterior resulta conveniente para evitar problemas interpretativos (ultraactividad expresa), la técnica del legislador no resulta del todo aceptable, ya que la expresión “*con todo, los artículos 12 y 22 de la Ley N° 19.366... continuarán vigentes*”

da la sensación de que el artículo 22 ha sido derogado, lo que no ha ocurrido. Se habría mejorado la técnica legislativa al señalar: “*Con todo, el artículo 12 de la Ley N° 19.366, respecto al delito de asociación ilícita contemplado en el artículo 22, continuará vigente para...*”.

- Del mismo modo se estableció que toda referencia hecha en cualquier ley o reglamento a los tipos penales establecidos en los artículos 12 y 22 de la Ley N° 19.366, en lo concerniente a la asociación ilícita para lavar dinero, debe entenderse hecha a las conductas descritas en los artículos 19 y 20 de la Ley (artículo 27).
- Finalmente, y no obstante la norma del artículo 18 del Código Penal, los delitos contemplados en los artículos 12 y 22 de la ley N° 19.366, cometidos con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente ley, se investigarán y juzgarán por las normas vigentes en la época de su comisión.

4. NORMAS IMPERATIVAS, PROHIBICIONES Y TIPOS PENALES

4.a. Normas imperativas y Prohibiciones⁴

- Destino de la información recibida: como ya se indicó, la UAF sólo podrá utilizar la información que reciba para los propósitos establecidos en la ley, no pudiendo, además, entregarla a otros organismos diferentes del Ministerio Público (artículo 2, inciso 2°). No se expresa en la ley sanción alguna para el incumplimiento de la obligación señalada, debiendo entenderse a su respecto la aplicación de las normas generales.
- Designación de funcionario responsable y obligación de informar. La ley en su artículo 3 impone a las instituciones que señala la obligación de informar las operaciones sospechosas y de designar, para estos efectos, a un funcionario responsable que se relacione con la UAF. Al igual que en el caso anterior, la ley nada indica frente a la omisión de la norma señalada, resultando altamente criticable la falta de regulación frente a la omisión de informar. *Siendo esencial para la adecuada*

⁴ Se establecen tanto normas imperativas como prohibitivas sin asignar a su incumplimiento una sanción penal y, por ende, escapan del concepto de delito.

operación del proceso que la UAF cuente con la información emanada de las diversas instituciones financieras, que deberán “alimentar” el sistema, resulta significativamente negativo no disponer sanción alguna frente a la omisión de tan importante obligación.

- Obligación del Servicio Nacional de Aduanas de recabar y remitir la información respecto a quien transporte moneda en efectivo o instrumentos negociables al portador, hacia el país, por monto superior a 450 UF (artículo 4, inciso 2°). La ley no señala sanción para el incumplimiento de dicha obligación.
- Obligación para las instituciones señaladas en el artículo 3 de mantener registros especiales, por un plazo mínimo de cinco años, e informar a la UAF cuando esta lo requiera (artículo 5), lo que necesariamente deberá hacer una vez al año (letra g, artículo 2) de toda operación en efectivo superior a 450 UF.
- La prohibición de portar o tener sustancias psicotrópicas o estupefacientes, en lugares públicos o privados, para el personal que preste servicios a cualquier título en la UAF (artículo 15). Si bien el uso o consumo injustificado se sanciona con la destitución del cargo, el porte o tenencia, igualmente prohibidos para dichos funcionarios, no registra sanción.

4.b. Tipos penales

Respecto al secreto:

- **Infracción al deber de guardar secreto sobre la existencia y manejo de información**, que sanciona con pena de presidio menor en sus grados medio a máximo y multa, a *los funcionarios de las entidades obligadas a informar* las operaciones sospechosas indicadas en el artículo 3 que “*informen al afectado o a terceros la circunstancia de haberse requerido o remitido información a la UAF, como, asimismo, proporcionar cualquier otro antecedente al efecto*” (artículo 7).
- **Infracción respecto del secreto perpetuo de la investigación**, que sanciona con pena de presidio menor en su grado mínimo a máximo y multa, al *funcionario de la UAF*, que preste servicio en ella a cualquier título, que *no mantenga 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 (artículo 13, inciso 2°).

- **Infracción sobre el resguardo de los antecedentes de la investigación**, que sanciona con pena de presidio menor en sus grados medio a máximo, *a cualquier persona que entregue o difunda información de cualquier naturaleza acerca de antecedentes de la investigación, o que de cualquier modo informe, difunda o divulgue información relativa a una investigación e, incluso al hecho de estarse realizando ésta* (artículo 23, inciso 3°). En dicha disposición, con un sujeto activo amplio (cualquier persona), sumado a los verbos rectores empleados: informar, difundir, divulgar, se capturan penalmente, entre otras, figuras vinculadas a los diferentes medios de información.

Respecto al blanqueo de bienes:

La ley reconoce formas dolosas y culposas de comisión, diferenciándose al efecto los siguientes tipos penales:

- **Artículo 19: Figura Dolosa I.**

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° 19.366 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas; 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 mercados 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 párrafos 4, 5, 6 y 9 del Título V del Libro II del Código Penal y en los artículos 141, 142, 366 quáter y 367 bis del Código penal (letra a, parte. 1ª, artículo 19).

Claramente la incorporación de otros delitos distintos del lavado de dinero proveniente de tráfico de estupefacientes demuestra que el legislador abandonó el marco de una regulación específica de la materia tratada, “aprovechando” la instancia para normar situaciones ajenas al tema de origen.

ANÁLISIS TIPOLÓGICO:

Sujeto activo: amplio, cualquier persona (El que).

Pena: Presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de 200 a 1.000 UTM.

Verbo rector: Ocultar o disimular, en cualquier forma.

Objeto material: El origen ilícito de determinados bienes.

*Elemento doloso expreso del tipo*⁵: conocimiento del origen antijurídico de los bienes, esto es, encontrarse advertido que los mismos provienen, directa o indirectamente, de la perpetración de *hechos constitutivos de algunos de los siguientes delitos*:

- Los contemplados en la Ley N° 19.366. Si bien su referencia lógica debe efectuarse a los ilícitos vinculados al tráfico de estupefacientes, ella es amplia y, por ende, se incluyen TODOS los delitos contemplados en la Ley 19.366. Lo anterior no puede dejar de ser objeto de crítica, ya que se olvidó ponderar que al interior de la Ley N° 19.366 existen infracciones penales cuyo bien jurídico protegido escapa de los considerados para figuras de tráfico, tal como el dispuesto en el artículo 21.
- Los dispuestos en la Ley N° 18.314 sobre conductas terroristas;
- El señalado en el artículo 10 de la Ley N° 17.798 sobre Control de Armas (tráfico ilegal de armas);
- Los dispuestos en el Título XI de la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores⁶;
- Los contenidos en el Título XVII de la Ley de Bancos⁷;
- Los señalados en los párrafos 4 (prevaricación), 5 (malversación en todas sus formas: dolosa y culposa), 6 (fraude al fisco y exacciones ilegales) y 9 (cohecho), del Título V del Libro II del Código Penal;
- Los descritos en los artículos 141 (secuestro), 142 (sustracción de menores), 366 quáter (tipo especial de una forma de

⁵ Claramente es el elemento doloso del tipo que, en un uso de técnica legislativa discutible, adquiere contenido expreso. No puede confundirse con elementos subjetivos del tipo. La expresión a sabiendas es considerada, mayoritariamente, por la doctrina como una referencia al dolo directo.

⁶ Disposiciones penales contenidas en los artículos 58 al 63.

⁷ *Ídem*, artículos 157 al 160.

abuso sexual), 367 (promoción de la prostitución) y 367 bis (promoción de la prostitución internacional) del Código Penal.

Cuesta comprender el criterio seguido por el legislador para incorporar determinados tipos penales, excluyendo otros, respecto de delitos con bienes jurídicos similares. Así, por ejemplo, no se observa razón para incorporar el secuestro y excluir la detención ilegal, o para incluir un tipo de abuso sexual específico, y no la figura central del abuso sexual.

Aparentemente el criterio utilizado, si bien no resulta del todo claro, es la incorporación de aquellas figuras penales vinculadas a la posibilidad de generar recursos económicos para sus autores proclives de ser *blanqueados*. De ser esta la razón, la crítica se mantiene, apuntando a la exclusión de tipos penales, tales como la estafa, el robo y tantos otros atentados contra la propiedad donde la razón señalada emana de manera clara.

– Artículo 19: Figura Dolosa II.

Manteniendo la estructura típica antes señalada, la ley contempla una segunda figura dolosa descrita en la parte final de la letra a) del artículo 19 que expresa: *o bien, a sabiendas de dicho origen, oculte o disimule estos bienes (letra a), parte final, artículo 19*.

En esta figura que, como se ha indicado, mantiene la estructura típica ya señalada, el cambio consiste en que su verbo rector (ocultar o disimular) deja de aplicarse al objeto material consistente en el origen de los bienes, y pasa a aplicarse a los bienes en sí mismos.

De este modo la ley sanciona tanto el disimular u ocultar el mal origen de los bienes como hacerlo respecto de los bienes mismos. Es adecuada la redacción típica en este punto, ya que son circunstancias diversas y distintas el origen antijurídico del bien que el bien en sí mismo, resultando fácticamente posible desarrollar una u otra conducta, lo que hace necesario que el tipo penal capture ambas realidades.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe considerar que el conocimiento del origen injusto de los bienes, en la figura dolosa I, tiende a identificarse con el verbo rector (ocultar o disimular), *toda vez que, para ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes, debe, nece-*

sariamente conocerse el origen espurio de estos. Dicho en otros términos, cuesta concebir que quien oculta o disimula el origen ilícito de determinados bienes desconozca, justamente, su origen contrario a derecho. Para disimular u ocultar el origen ilícito deberá, necesariamente, conocerse dicho origen, ya que éste se encuentra incorporado por el conocimiento exigido al autor respecto de la génesis del mismo.

No ocurre lo mismo respecto a la figura dolosa II, en la que el verbo rector “ocultar” o “disimular” se aplica a los bienes mismos como objeto material del tipo. Así, es concebible en la práctica que un sujeto oculte o disimule bienes, conociendo o no su mal origen, motivo por el cual la exigencia del conocimiento sobre éste adquiere especial importancia.

En definitiva, conforme a la estructura típica dada al delito, el conocimiento del mal origen exigido, en la primera figura se encuentra incorporado por el verbo rector utilizado (ocultar o disimular *el origen ilícito*), y en el segundo no, adquiriendo, por ende, mayor importancia y una exigencia probatoria evidente.

– **Artículo 19: Figura Dolosa III.**

El que adquiera, posea, tenga o use los referidos bienes, con ánimo de lucro, cuando al momento de recibirlos ha conocido su origen ilícito (letra b, artículo 19).

ANÁLISIS TIPOLÓGICO:

Sujeto activo: amplio, cualquier persona (El que).

Pena: Presidio mayor en sus grados mínimos a medio y multa de 200 a 1.000 UTM.

Verbo rector: Adquirir, poseer, tener o usar.

Objeto material: Bienes que provengan, directa o indirectamente, de la perpetración de hechos constitutivos de algunos de los delitos ya señalados.

Elemento doloso expreso: conocimiento del mal origen *al momento de recibirlos.*

Elemento subjetivo del tipo: ánimo de lucro: los bienes deben adquirirse, poseerse, tenerse o usarse, con ánimo de lucro.

Llama la atención que el legislador haya fijado un determinado momento para el conocimiento del mal origen, esto es, haya dispuesto que éste debe verificarse al momento de recibirlos. Cabe preguntarse: ¿qué ocurre cuando el sujeto adquiere, porta o usa el bien, sin conocer el mal origen, materializándose dicho conocimiento con posterioridad? Se adquiere el bien con ánimo de lucro pero sin conocer su origen ilícito, y luego se conoce éste. No obstante advertir con posterioridad el mal origen, se mantiene su posesión o uso.

Si el tipo penal persigue *bloquear* el circuito de transferencias de bienes, que por su mal origen el legislador impide y sanciona su circulación restándolos del mercado, no resulta comprensible que una persona, que conoce su origen espurio con posterioridad a su adquisición, pueda usarlos o aprovecharlos impunemente.

La posibilidad de sancionar casos como el expuesto a través de figuras de complicidad o encubrimiento de la acción desarrollada por un autor, esto es, intentar hacer efectiva la responsabilidad penal de quien adquiere sin conocimiento original del mal origen y sólo lo adquiere después, basándose –para sustentar su punibilidad– en la acción desarrollada por un autor, no resultan procedentes. Lo anterior considerando el principio de legalidad manifestado a través del principio de especialidad de la figura creada, concluyéndose, necesariamente, por no comprenderse en la descripción típica la acción, la atipicidad de la conducta referida.

– Figura culposa

Si el autor de alguna de las conductas descritas en la letra a) no ha conocido el origen de los bienes por negligencia inexcusable, la pena señalada en el inciso primero será rebajada en dos grados (artículo 19, inciso 4°).

La figura culposa debe ser analizada considerando:

1. Conforme lo establece claramente nuestro ordenamiento positivo, las figuras culposas son excepcionalmente consideradas por el legislador penal. La regla general, de consagración expresa, es la no sanción de estas (artículo 10 N° 13 del Código Penal).
2. Además de entender que su sanción penal ya conforma una excepción a la regla expuesta, hay que entender que nuestro sistema punitivo sigue al sancionarlas la regla general de pro-

teger bienes jurídicos referidos a la vida y la integridad corporal (artículos 490 y siguientes Código Penal). Excepcionalmente nuestro ordenamiento consagra la protección a través de la figura culposa de otros bienes jurídicos, como ocurre en la figura del artículo 239 del Código Penal.

3. De acuerdo a lo razonado, debe concluirse que la sanción penal, a través de la construcción típica de figuras culposas de bienes jurídicos diferentes a la vida y a la integridad corporal, es *doblemente excepcional*.
4. Sin perjuicio de lo anterior, que obviamente no es una materia menor, resulta altamente discutible concluir si el principio de lesividad efectivamente está presente. En dicho contexto la esencia del concepto permite decidir y fundar una respuesta.
 - Para el profesor Eduardo Novoa M. *hay culpa en la realización voluntaria de un movimiento corporal, sin aceptación de su resultado antijurídico, pero con violación de un concreto deber de atención y cuidado, que obliga a abstenerse de tal movimiento en razón de ser previsible dicho resultado antijurídico*⁸.
 - Von-Liszt señala que *la culpa es la no previsión del resultado previsible en el momento que tuvo lugar la manifestación de voluntad*.
 - Mezger enseña que *actúa culposamente el que infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe, y puede prever la aparición del resultado*⁹.
 - Maggiore indica que *es una conducta voluntaria que ocasiona un resultado antijurídico, no querido, pero sí previsible*¹⁰.
 - El profesor Enrique Cury U. señala que *obra culposamente quien omite imprimir a su acción la dirección final de que era capaz, permitiendo así la desviación del curso causal hacia la producción de resultados indeseables. La capacidad del sujeto para manejar los procesos causales se pre-*

⁸ Novoa Monreal, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, 1960, Tomo I, página 528 y siguientes.

⁹ Mezger, Edmundo. "Tratado de Derecho Penal", Editorial *Revista de Derecho Privado*, 1935, Tomo II, pág. 152.

¹⁰ Citado por Novoa Monreal, Eduardo, en *Curso de Derecho Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, 1960, Parte General, página 531.

*cisa fácticamente. Lo que se trata de establecer es si en el hecho existió posibilidad de manejar las cosas con cuidado. Nos interesa saber si el hombre medio, colocado en la situación fáctica dada, habría podido imprimir a los acontecimientos una dirección final que impidiese la producción del resultado*¹¹.

El profesor Bustos¹² observa que el concepto de *imprudencia* se relaciona con una característica básica de la persona en sus relaciones, dada por la prudencia en su actuar. El de *negligencia* se refiere a un ámbito específico de acción, donde ya no sólo es un problema de prudencia, sino que de la falta de un deber específico de cuidado en relación a la actividad o función propia de esa persona. Observamos que en dicha condición del concepto, compartida, se ha omitido en el tipo culposo analizado, donde el sujeto activo amplio puede ser cualquier persona, sin necesariamente encuadrar su acción a una función o actividad propia, específica.

Por su parte, en cuanto al adjetivo de inexcusable, el autor indicado señala en la obra citada que *inexcusable significa no haber aplicado ni siquiera el cuidado mínimo requerido para el cumplimiento de un deber, y precisamente por esa falta de cuidado es culpable o inexcusable. Es decir, estamos en presencia de lo que sería una culpa grave*.

Cualquiera sea el concepto de culpa que adoptemos, no cabe duda que su vinculación con el elemento de la previsibilidad es esencial, considerada como su elemento central, condición indispensable para la punibilidad de cualquier forma de ella. Así la jurisprudencia¹³ ha señalado:

- “La exigencia de previsibilidad del resultado es el elemento que distingue la culpa del caso fortuito, de modo que, si las consecuencias dañosas no son previsibles, el acto voluntario desborda los límites de la culpa para ubicarse en el campo del caso fortuito”.

¹¹ Cury Urzúa, Enrique. *Derecho Penal*, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, 1988, Tomo I, página 280.

¹² Bustos Ramírez, Juan. *El delito culposo*. Editorial Jurídica de Chile, 1995, página 49 y siguientes.

¹³ Etcheberry Alfredo. *El Derecho Penal en la Jurisprudencia*. Editorial Jurídica de Chile, 1987, página 258 y siguientes.

- *Debe concluirse que la culpa tiene como requisito de orden subjetivo la previsibilidad, o sea, la posibilidad de prever lo que no se ha previsto; fuera de previsibilidad se entra en lo imprevisible, o sea, en el caso fortuito.*
- *La negligencia es la imprevisión inexcusable de las consecuencias dañosas que pueden derivar de la conducta.*
- *Constituyendo la culpa la producción de un resultado que pudo y debió ser previsto, es de su esencia la previsibilidad, y consecuentemente por el solo hecho de no haber podido ser previsto ese resultado por el agente no puede serle imputable.*

No cabe duda que la definición inicial de culpa al interior de la doctrina penal, como falta de cuidado *objetivo*, determinó, con un criterio absolutamente errado y hoy superado, la negación del aspecto subjetivo en el delito culposo. Así, siguiendo a Struensee, podemos decir que *“también la acción contraria al cuidado, trasladando la metáfora de Welzel, no es ciega, sino vidente”*.

El carácter garantista exigido al Derecho Penal moderno impone demandar el aspecto subjetivo del delito culposo, siendo absolutamente necesario que el sujeto activo conozca que desarrolla la acción inserta, vinculada y relacionada con un contexto de riesgo del cual emana, fundadamente, la exigencia de un determinado cuidado. En caso contrario, estaríamos en presencia de una pura responsabilidad objetiva. Incluso más, algunos autores, como el profesor Cury, observan que la exigencia subjetiva que hemos señalado (previsibilidad y dentro de ella la posibilidad de prever) se vincula con el curso causal de un hombre medio en el contexto fáctico concreto. *“Para que exista culpa, el sujeto podía determinar el curso causal de los acontecimientos y conducir el proceso causal hacia el objetivo que inicialmente lo determinó a obrar y no lo hizo, ABANDONÓ las riendas del actuar en circunstancias que pudo cogerlas”*.

Relacionando los conceptos vertidos con el tipo culposo creado por la ley se pueden efectuar las siguientes reflexiones críticas:

- a) La negligencia inexcusable en que se sustenta el tipo no se refiere a una acción u omisión ejecutada por el autor, donde los conceptos antes señalados puedan exigirse, sino a un conocimiento o, mejor dicho, a una falta de conocimiento debido. Con ello la estructura misma del actuar culposo, referido a la negligencia en el conocimiento del origen de los bienes,

- aparece como una suerte de sanción, abandonando las exigencias subjetivas antes señaladas.
- b) Al comprenderse, por medio de la figura culposa, UN elemento del tipo, cual es el conocimiento del origen de los bienes, se creó una especie de figura “culposa-dolosa”, abiertamente impropcedente. Lo anterior, al entender que el no conocer por negligencia inexcusable el mal origen de los bienes, no basta para configurar la tipicidad de la figura, restando el actuar doloso que ésta exige. *De este modo, para su aplicación deberíamos tener a un sujeto que desconoce el origen de los bienes por negligencia inexcusable y oculta o disimula su origen ilícito u oculta o disimula los bienes (¿?)*.
- c) La aplicación práctica de la norma respecto a variadas situaciones que podrán verificarse pueden llevar a complicar a tal grado su aplicación, que termine, exactamente, en el sentido contrario; esto es, sin aplicarse.

Producto de lo expuesto es factible presumir importantes problemas en la aplicación de la figura, y el evidente riesgo de llegar derechamente a su no aplicación jurisprudencial, con las perniciosas consecuencias para el imperio de la ley que el incumplimiento normativo genera.

Algunas precisiones típicas

La ley se encarga expresamente de efectuar las siguientes precisiones típicas:

I. Se entienden por bienes *los objetos de cualquier clase apreciables en dinero, corporales o incorporeales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles como, asimismo, los documentos o instrumentos legales que acreditan la propiedad u otros derechos sobre los mismos* (expresión de carácter amplio, omnímoda).

II. Resulta indiferente que el origen de los bienes provenga de un hecho realizado en el extranjero, en la medida que sea punible en el país de comisión y en Chile constituya alguno de los delitos señalados. *La doble incriminación exigida abre serias dudas respecto a la posibilidad de ser “utilizada” por el crimen organizado justamente para ingresar bienes desde países donde el hecho no se*

encuentre penalmente sancionado. De este modo, por ejemplo, es procedente cuestionarse qué ocurrirá con la internación en Chile del producto de ventas de drogas cuya comercialización es autorizada en otros países, o de los ingresos provenientes de cultivos de drogas autorizados.

III. La circunstancia que el origen de los bienes provenga de hechos constitutivos de los delitos indicados es limitada, por una parte, sólo a la exigencia típica y antijurídica, y, por otra, expresamente se indica que no se requiere existencia de sentencia condenatoria. Amén de lo anterior, el legislador establece que “podrá” establecerse lo anterior, en el mismo proceso que se substancie para juzgar el delito de blanqueo.

Precisar —como lo hace la ley— que la exigencia se limita a la comprobación típica y antijurídica es olvidar o, al menos conceptualmente, contrariar la exigencia impuesta por el propio legislador en el tipo mismo. Al efecto cabe recordar que el tipo exige que el mal origen de los bienes provengan de hechos *constitutivos de delitos* y, por ende, típicos, antijurídicos y culpables. De acuerdo a ello la expresión delito debería ser entendida como una abierta exigencia a la culpabilidad. Pues bien, esa exigencia efectuada en el tipo mismo (hecho típico, antijurídico y culpable) se abandona en la precisión contenida en el inciso 5° que sólo exige tipicidad y antijuridicidad. Una mejor técnica legislativa, debió ser ésta la intención del legislador, poner énfasis en una cuestión y exigencia meramente fáctica, abstenerse de usar la expresión *hechos constitutivos de delitos*, cambiándola por otra referida a “*hechos descritos* en los tipos penales referidos a los delitos de...”.

Sin perjuicio de ello y salvada la contradicción señalada, precisar que el origen de los bienes debe ser sólo un hecho típico y antijurídico genera importantes proyecciones de carácter no sólo conceptual, sino práctico. Al efecto, la norma será compatible con resoluciones judiciales de sobreseimiento o absolutorias en las que su fundamento sea la falta de culpabilidad, o la imposibilidad de individualización del responsable. Así un proceso que acredite la exigencia del hecho típico y su antijuridicidad, aun sin comprobar la culpabilidad del responsable, bastará para dar cumplimiento a la exigencia típica señalada. Para graficar lo expuesto y considerando que los ejemplos sobran al efecto, pensemos en una causa criminal, en la que, acreditándose el hecho punible (tráfico de estupefacientes)

se absuelve al responsable por una causal de inimputabilidad. La ocultación, sea del mal origen de los bienes provenientes de dicho tráfico, sea de los bienes mismos, será suficiente para constituir la acción típica del blanqueo de capitales, toda vez que provienen de un hecho típico y antijurídico, aunque no culpable.

Por su parte, consideramos que el elemento facultativo incorporado a través del uso de la expresión “podrá” (*la circunstancia que el origen de los bienes sea un hecho típico y antijurídico ...podrá establecerse en el mismo proceso...*) sólo implica la posibilidad de ACREDITAR el hecho en su juicio de origen, como en el que se conozca el blanqueo. Lo que importa es concluir que en ambos casos se requiere ACREDITAR el hecho, no pudiendo interpretarse que sea facultativo hacerlo o no. Así lo facultativo no es acreditar o no el hecho, el que siempre deberá estarlo, sino sólo dónde acreditarlo. *No cabe duda, y así es dable suponer, que la facultad señalada generará importantes debates respecto a la cosa juzgada en materia penal, como igualmente respecto a normas de competencia.*

Finalmente cabe considerar que el elemento facultativo señalado que permite la acreditación del hecho del mal origen de los bienes ante el mismo tribunal que conoce del delito de blanqueo NO podrá aplicarse cuando el hecho mismo se haya cometido en el extranjero (recordar que el artículo 19 en su inciso 2º acepta la posibilidad que el hecho haya acaecido en el extranjero). Ello por la aplicación de los principios de territorialidad y de evidente dificultad probatoria, sin perjuicio que la eventual aplicación del artículo 6 del Código Orgánico de Tribunales pueda conformar una excepción a lo señalado¹⁴.

IV. El legislador dio solución expresa al eventual problema concursal que puede verificarse cuando el sujeto que participa en el “delito base”¹⁵ es el mismo que participa en el blanqueo de los bienes, concluyendo con una acumulación material de las penas. Así el inciso 6º señala que “*si el que participó como autor o cómplice del hecho que originó tales bienes incurre, además, en la figura penal contemplada en este artículo, será también sancionado conforme a ésta*”. Obsérvese que de manera expresa se excluyó al encubridor, lo que resulta adecuado por una cuestión conceptual (el encubridor no parti-

¹⁴ Sin perjuicio de ponderar lo que al respecto señalen los tratados internacionales.

¹⁵ Expresión usada por el suscrito, no por el legislador.

cipa del delito). A mayor abundamiento, evita la posibilidad de generar un *non bis in idem* cuando la forma de encubrimiento del delito base fuese justamente el ocultamiento de los efectos o instrumentos del crimen o simple delito (17 N° 2). En otras palabras, el legislador asumió la imposibilidad de sancionar dos veces por lo mismo.

No obstante ser efectivo lo anterior, la norma podrá generar más de un problema interpretativo en cuanto a la solución concursal de un encubridor del delito base distinto del artículo 17 N° 2, que participe en el delito de lavado. Así la pregunta es: ¿Qué pena aplico a un encubridor que oculta o proporciona la fuga al culpable del delito base (17 N° 3), y luego oculta el mal origen de las especies provenientes del delito? ¿Al no poder aplicarse, en este caso, la disposición comentada, por contemplar sólo a los autores o cómplices y no a los encubridores, significa que rigen las reglas generales de los concursos?

– **La asociación ilícita para el blanqueo de activos** (artículo 20)

Los que se asociaren u organizaren con el objeto de llevar a cabo algunas de las conductas descritas en el artículo anterior serán sancionados por este solo hecho, según las normas que siguen:

1. *Con presidio mayor en su grado medio al que financie, ejerza el mando o dirección, o planifique los actos que se propongan.*
2. *Con presidio mayor en su grado mínimo al que suministre vehículos, armas, municiones, instrumentos, alojamiento, escondite, lugares de reunión, o colabore de cualquier otra forma para la consecución de los fines de la organización.*

La oportunidad legal de solucionar variados problemas de interpretación jurisprudencial no fue aprovechada por el legislador al no definirse lo que se entiende por asociarse ni organizarse, ni señalar requisitos específicos. De acuerdo a ello subsistirán los mismos problemas interpretativos que existen hoy en día con el tipo de la Ley N° 19.366, referidos, entre otras materias, a no diferenciar entre figuras completamente distintas como son la asociación ilícita y el crimen organizado.

La norma distingue dos tipos de conducta: una corresponde a los actos de financiamiento y dirección, y otras relacionadas con la provisión de efectos y la colaboración; esta última forma puede

extender la autoría a conductas más bien relacionadas con la complicidad y el encubrimiento.

5. SOLICITUD DE INFORMACIÓN A ORGANISMOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El Tribunal Constitucional declaró contraria a la Carta Fundamental una serie de disposiciones aprobadas por el Congreso Nacional, que autorizaban a la UAF a requerir, casi sin restricciones, información a las entidades del sector público, por estimarlas excesivas. A raíz de ello, las facultades que tenía fueron suprimidas completamente, quedando sin una norma especial para solicitar antecedentes a la Administración, salvo dos excepciones: el Banco Central y el Consejo de Defensa del Estado. Respecto a este último sobre las investigaciones de lavado.

Pensamos que lo anterior representa un vacío importante, en vista de la gran cantidad de antecedentes útiles que sería posible obtener de entidades como el Servicio de Impuestos Internos, la Superintendencia de Valores y Seguros, etc., y la incorporación de algunos delitos funcionarios como fuente de activos para lavado. De este modo, la solicitud de información, en estos casos, se regirá por las reglas generales, básicamente el artículo 19 del Código Procesal Penal.