

DE TEMPORE DELICTI¹

Clara Leonora Szczaranski Cerda*
María Teresa Muñoz Ortúzar*

I

Con fecha 20 de mayo pasado la Excma. Corte Suprema, conociendo de un recurso de amparo interpuesto por Carlos Mario Silva Leiva, procesado por los delitos de asociación ilícita para el tráfico de drogas y lavado de dinero, resolvió lo siguiente:

“1° Que según consta del proceso traído a la vista, por resolución de 10 de Octubre de 1998, escrita a fojas 10.645, se sometió a proceso y se dispuso la correspondiente prisión preventiva, respecto de Carlos Mario Silva Leiva en el carácter de autor del delito de lavado de dinero que prevé y sanciona el artículo 12 de la ley 19.366, atribuyéndosele el uso, aprovechamiento y la tenencia de diversos bienes que se dicen provenientes de la perpetración en el extranjero, del delito de tráfico de estupefacientes, hechos y conducta aquella, verificada con posterioridad al 30 de Enero de 1995..... 3° Que, conforme se ha apuntado, el hecho punible atribuido al amparado sólo vino a ser sancionado penalmente a partir de la ley 19.366 cuya

¹ Publicada en la Gaceta Jurídica N° 228 de junio de 1999.

* CLARA LEONORA SZCZARANSKI CERDA es Presidente del Consejo de Defensa del Estado.

MARÍA TERESA MUÑOZ ORTÚZAR es Abogado Jefe del Departamento de Control de Tráfico Ilícito de Estupefacientes en el Consejo de Defensa del Estado.

vigencia se remonta al 30 de Enero de 1995, razón por la cual la conducta que interesa no puede sino resultar punible, en la medida que la correspondiente adquisición de bienes y valores se haya verificado con posterioridad a esa ley, en términos que –de haber acaecido la misma con anterioridad a esa data– forzoso es concluir que se está en presencia de un comportamiento atípico. En ese contexto, entonces, tampoco puede concluirse algo distinto respecto del posible uso y aprovechamiento de los aludidos bienes, aun cuando ello se hubiere producido con posterioridad a esa época. Debe también apuntarse que cualquier decisión que se adopte en la materia ha de tomar en cuenta la posibilidad de que el imputado tenga en su haber recursos o medios económicos de origen legítimo que puedan, eventualmente, justificar las adquisiciones;– 4º fluye que –por ahora– relativamente al lavado de dinero que se imputa al mencionado Silva Leiva, no se cumple la exigencia estatuida por el citado artículo 274 N°1, en lo que concierne a los bienes que pasan a indicarse.....– 5º Que, consecuentemente, en lo que atañe a los demás bienes.....dicho auto de procesamiento y la orden de prisión subsecuente aparecen – por ahora – ajustados a derecho, en el sentido de que emanan de autoridad competente facultada para hacerlo, existiendo mérito suficiente y dictadas en los casos y con las formalidades que la ley exige;se resuelve: que se acoge, parcialmente, el referido recurso.....”.

II

Este reciente fallo de la Excma. C.S. ha puesto de manifiesto una seria oscuridad, acerca del tema de cuándo debe entenderse que una ley se está aplicando retroactivamente.

El tema se trata en doctrina como el asunto del “tiempo de la comisión”, “el tiempo del delito” o “de tempore delicti”.

El principio de irretroactividad de la ley penal dice relación con el derecho fundamental vinculado a la “lex certa”, o certeza del derecho, y, por ende, seguridad jurídica, para que las personas puedan realizar sus opciones y actuar u omitir asumiendo, conscientemente, las consecuencias de sus actos. Esos criterios son reconocidos por casi todas las legislaciones modernas y por muchos textos internacionales².

² Contenido, entre otros textos internacionales, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 11 (2), en el artículo XXV de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en el artículo 15 (1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y en el artículo 9º del Pacto de San José de Costa Rica; y está consagrado explícitamente entre las garantías constitucionales (art. 19, N° 3, inc. 7º) y en el Código Penal (art. 18).

En Chile, el artículo 19, N° 3, párrafo 6 de la Constitución Política dispone que ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración. A ello, y desde antes, se suma el artículo 18 del Código Penal, repitiendo el concepto que traduce un logro prácticamente universal de la conciencia civil y jurídica de los seres humanos.

Es necesario entonces profundizar qué debemos entender por perpetración, dejando de lado tantas otras preguntas no atinentes específicamente al motivo de este artículo, como cuál es el alcance de la exigencia de encontrarse la ley ya “promulgada”.

Grande es la tentación de hablar de todo a la vez y preguntarnos aquí, por ejemplo, además, qué es antijurídico, o cuál es la ley más favorable al reo, entre tantas otras cosas. Pero estimamos que todo ello contribuiría al mal que ya en varios ámbitos nos aqueja, de hablar horizontalmente (en sentido figurado, claro) y profundizar poco, desviando la atención del lector del punto central en que quisiéramos penetrar: cuál es el tiempo del delito, el tiempo que corresponde a aquello que a veces la ley llama “ejecutar”, otras “perpetrar”, otras “cometer”.

Cousiño³, como casi toda la doctrina, nos recuerda que tenemos el derecho adquirido a ser considerados inocentes si el hecho no era punible al tiempo de su realización. (Agrega, como vemos, otro término, que nuestro sentido común identifica con los ya señalados: “realización”).

Lo evidente es que el principio de la legalidad de los delitos y de las penas se formula en tema de irretroactividad como “*nullum crimen nulla poena sine praevia lege*”, principio que recoge también nuestro Código Civil al establecer que la ley sólo puede disponer para el futuro.

Sin ahondar en las ventajas y virtudes generales, indiscutibles, de tal principio, por no ser pertinente a este artículo, pasaremos al sentido de tal criterio rector en el ámbito penal.

El derecho penal mismo es, en esencia, la imposición de una sanción o pena a quien ha perpetrado un ilícito y es susceptible de un reproche de culpabilidad, y, obviamente, sólo podemos reprochar a quien ha optado por actuar u omitir libremente. Momento importantísimo de esa opción es que el sujeto pueda conocer y entender lo prohibido, lo que sólo ocurrirá si la prohibición estaba ya vigente al momento de actuar u omitir.

Así lo aclara por su parte Cury⁴, al señalar que la culpabilidad “es reprochabilidad del hecho típico y antijurídico, fundada en que el autor lo

³ Cousiño Mac Iver, Luis, Derecho Penal Chileno, Parte General, T. I. Ed. Jurídica de Chile, 1975, pág. 116.

⁴ Derecho Penal, Parte General, T. II, Ed. Jurídica de Chile. 2ª ed., pág. 7.

ejecutó no obstante que la situación concreta podía someterse a los mandatos y prohibiciones del derecho". Ese párrafo condensa muy bien los postulados de la culpabilidad, pacíficamente aceptados hoy en día en el mundo occidental y en nuestro país.

En síntesis aún más apretada, el delito tiene como columna vertebral el verbo y la opción de realizarlo u omitirlo. Tal opción, consciente y libre, debe cumplirla un ser humano imputable.

Tanto es así, que el Código Penal chileno, en su artículo 1º, lo resume en una escueta frase: "Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley".

En efecto, como señala el mismo Cury⁵, ello coincide con la definición aceptada por la mayoría de la doctrina nacional y extranjera, que entienden que: "El delito es una acción u omisión típicamente antijurídica y culpable". En particular en relación con el tema que en esta oportunidad nos interesa, el autor nacional citado, coincidiendo con el resto de la doctrina señala⁶, como elemento primero de la estructura del delito, una acción u omisión, la que se adecua a un tipo penal, no está autorizada por el derecho y es reprochable a su autor.

La acción, por una parte, y, por otra, el reproche que involucra la sanción penal, son elementos sin los cuales no puede comprenderse la responsabilidad penal en sus complejas implicaciones. Como señala el mismo Cury⁷, el derecho impone la obligación de respetar los mandatos y prohibiciones expresadas en sus normas, salvo cuando él mismo autoriza su desobediencia, al que pudiendo acatar ese deber lo infringe y le dirige un reproche personal por haberse comportado en esa forma. La culpabilidad consiste en ese reproche dirigido al autor.

Si aceptamos lo antes dicho, como lógico además de compartido pacíficamente por todos, no podemos sino coincidir en que el tiempo de la acción u omisión, el tiempo del verbo⁸, es el elemento del delito que debe confrontarse con la fecha de promulgación de la ley. Sólo los verbos tienen sentido en relación al tiempo, mientras lo típico, lo antijurídico o lo culpable son valoraciones críticas de la conducta humana, y son de ésta un predicado.

De lo dicho podemos entender que nuestra búsqueda se debe centrar en el significado de esos términos, verbales y de conducta antes referidos,

⁵ Id., t. I, pág. 225.

⁶ Id., pág. 226.

⁷ Id., pág. 227.

⁸ Verbo rector propio de cada delito: matar, hurtar, violar, traficar, etc.

y, para ello, nada más fácil que recurrir al sentido natural y obvio de las palabras cuando son claras, como es el caso, o al diccionario, si no fueren de uso tan común, o a las definiciones legales, si las hubiere, siguiendo las reglas de interpretación que nos da el Código Civil en sus artículos 19 y siguientes.

Según el Diccionario de la Real Academia, *realizar* es: "Efectuar, llevar a cabo algo o ejecutar una acción". A su vez, *cometer* es: "Dicho de culpas, yerros, faltas, etc., caer, incurrir en ellas. *Ejecutar*, por su parte, es: "Consumar, cumplir. Poner por obra una cosa". *Incurrir* es: "Ejecutar la acción". *Consumar* es: "Llevar a cabo totalmente una cosa". Finalmente, *perpetrar* es: "Cometer, consumir un delito o culpa grave".

Sin duda, realizar, cometer, ejecutar, incurrir, consumir y perpetrar son acciones u omisiones, son conductas humanas, diferentes, por naturaleza, de las situaciones, modos o circunstancias en que se actúa.

Creemos que debemos lamentar que la sala penal de la Excma. C.S. haya estimado la retroactividad de la ley en función de los elementos descriptivos o normativos del tipo⁹ y no en función del momento de comisión, perpetración o ejecución, en suma, relativa al tiempo del verbo del delito. Al hacerlo, modifica la opinión predominante en el sentido de que "el delito es, en primer lugar, una acción u omisión"; que "el derecho impone la obligación de respetar los mandatos y prohibiciones expresados en sus normas, salvo cuando el mismo autoriza la desobediencia"; y que la culpabilidad se funda en que "al que pudiendo acatar ese deber lo infringe", razón por la cual "le dirige, además, un reproche personal por haberse comportado en esa forma"¹⁰.

Concordamos, en cambio, fuertemente con Etcheberry,¹¹ quien señala que, "*Siendo el delito acción, es preciso que gramaticalmente sea expresado por aquella parte de la oración que denota acción, estado o existencia, que es el verbo, en cualquiera de sus formas. Esta parte de la descripción legal es llamada por BELING el verbo rector, que no puede faltar en ningún delito*".

⁹ Son elementos descriptivos o normativos del tipo, según Quintero Olivares González, Curso de Derecho Penal. Parte General. CEDECS Ed. Barcelona España, 1996, pág. 273, entre muchos otros autores coincidentes: los "modos de expresión del tipo en cualquiera de sus aspectos". Se llaman elementos descriptivos aquellos cuyo significado puede ser comprendido sin necesidad de recurrir a segundas valoraciones, pues las palabras que los expresan pertenecen al lenguaje normal.....". Los elementos normativos o valorativos requieren esa segunda interpretación, la que debe hacerse según otras ramas del derecho o valoración social, por ejemplo, "bienes", o "deshonesto", según los casos.

¹⁰ Id., Cury, págs. 226 y 227.

¹¹ Derecho Penal. Parte General, T. I, pág. 217. Ed. Jurídica. Stgo. Chile, 1998.

Agrega Etcheberry¹²: “Como el tipo se refiere a conductas humanas, es lógico que su núcleo o elemento principal sea un verbo, indicativo de la clase o naturaleza de la *conducta* que se reseña.”

Tanto es así que, como señala Cury¹³, “para que la inimputabilidad excluya la culpabilidad, es preciso que concurra en el *momento* de *ejecutarse* la acción típica”.

Como decíamos antes, el derecho penal sanciona conductas humanas, y no circunstancias; éstas sólo ayudan a precisar, perfilar esa conducta y deben concurrir al momento de ejecutarse el hecho, de incurrirse en la acción, siendo irrelevante para los efectos de la ley penal en el tiempo si venían de antes o a partir de ese momento.

Así, se deberá ser imputable al momento de cometer el delito, la cosa deberá ser ajena al momento de ser hurtada, la joven debía ser doncella al momento del rapto (antes de la reforma), y en el caso en cuestión: las cosas o bienes debían provenir del tráfico de drogas, desde hace mucho o desde hace poco tiempo, origen que debía conocer el tenedor al momento de adoptar la decisión de poseerlas o usarlas. La ley, como es sabido, se presume conocida y no es lícito alegar que se desconocía la prohibición legal vigente desde el 30 de enero de 1995, establecida en el artículo 12 de la Ley 19.366, que sanciona penalmente a “El que, a sabiendas que determinados bienes, valores, dineros, utilidad, provecho o beneficio se han obtenido o provienen de la perpetración, en Chile o en el extranjero, de hechos constitutivos de alguno de los delitos contemplados en esta ley, participe o colabore en su uso, aprovechamiento o destino, será castigado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de doscientas a mil unidades tributarias mensuales.

Se entiende por uso, aprovechamiento o destino de los bienes aludidos precedentemente todo acto, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que importe o haya importado tenencia, posesión o dominio de los mismos, sea de manera directa o indirecta, originaria, simulada, oculta o encubierta.”

Distinto, y retroactivo, habría sido penalizar a partir de esa fecha a quien *antes tenía, antes poseía o antes usaba* de esos bienes.

En el caso de los delitos continuados, y permanentes, el problema no es más difícil, en cuanto estos delitos, en algún momento, desde su ejecución completa, pueden entenderse perpetrados. Se hurta energía desde que se hurta (aunque parezca obvio): el día 1º, el 2º, etc., sin perjuicio de

¹² Id., Etcheberry, pág. 312.

¹³ Id., T. II, pág. 32.

que varíe el monto y que, luego, las distintas acciones en que se fracciona el hurto deben reconducirse a un único delito. En modo análogo, aunque distinto, en las diferentes hipótesis de delitos permanentes cada momento de su duración, desde el primero, puede ser imputado a consumación. Así, se tiene secuestrado a un menor el día 1º del secuestro, el 2º, y los que sigan. Otro es el caso, pero no varían el análisis ni las conclusiones de este artículo, de los delitos instantáneos de efecto permanente. En todos estos escenarios no será difícil determinar el momento en que se realiza el verbo rector correspondiente.

El delito de lavado de dinero no es un delito de mera actividad o ejecución, que se agote en sí mismo, con la mera ejecución del acto o hecho que lo constituye. Normalmente el lavado se realiza a través de una sucesión de actos y personas, puesto que lo que el delincuente persigue es incorporar dinero ilícito a la actividad económica del país y así legitimarlo para poder disfrutar las utilidades del delito cometido por el mismo traficante o terceros. Tratará entonces de efectuar todos los actos que posibiliten la incorporación efectiva a la economía nacional de este dinero ilícito, buscando, por un lado, que dicha incorporación sea lo mas efectiva posible (rinda las mayores utilidades), y por otro lado, dificultar que se descubra el origen del dinero.

Si fuese un delito de mera actividad, se llegaría al absurdo de que una vez sacado el dinero de la primera cuenta en que se deposita éste se transformara en dinero lícito, sin que el tercero que lo recibe, conociendo su origen, pueda ser sancionado por tal delito.

Debe tenerse presente que uno de los bienes jurídicos tutelados, en este caso, es el orden público económico nacional. (Se trata de un delito pluriofensivo). Consta en las actas de la Comisión de la Cámara de Diputados que aprobó el texto del mensaje del Ejecutivo, que el objeto de sancionar esta conducta era “impedir que se afecte la economía nacional por la introducción de grandes cantidades de dinero al mercado”.

En definitiva, el delito de lavado de dinero no es de ejecución instantánea y no se limita al acto originario. Así como los verbos rectores son permanentes o continuos, su naturaleza jurídica también lo es. Se trata de hechos que constituyen un “status jurídico” permanente, o bien de hechos que constituyen una sucesión de una actividad continua en el tiempo.

Otro es el problema de cuál es la ley más favorable al reo en casos en los cuales, por prolongarse el delito en el tiempo, puede quedar bajo el imperio sucesivo de más de una ley, pero ello no es tema de este fallo y, en todo caso, tal valoración estará siempre referida al verbo rector del delito y no a otros elementos del tipo penal.

También es un problema separado, y ajeno a este caso, el relativo a desde cuándo debe computarse el plazo para la prescripción de los delitos cuando éstos son de resultado, caso en el cual, para los efectos de la prescripción, es correcto fijar el punto de partida del decorrer del plazo en el momento en que se produce el resultado.

En este sentido, en materia de lavado de dinero, quien, en la actualidad, tiene o usa los bienes o valores que sabe provienen de un delito de la ley 19.366 lo hace con infracción de la ley penal, como quien, vigente una nueva ley que prohibiese la tenencia de armas de fuego, pretendiera mantener las que posee desde antes, arguyendo que las había adquirido antes de entrar en vigencia la prohibición penal.

La verdad es que, creemos, en este tipo de argumentaciones, subyace el error de equivocar el o los verbos rectores del delito con verbos que son extraños al tipo específico.

En el caso del lavado de dinero los verbos llamados en causa son participar o colaborar en el uso, aprovechamiento o destino de bienes, y se entiende por uso, aprovechamiento o destino, todo acto, de cualquier naturaleza jurídica, que importe o haya importado tenencia, posesión o dominio de los mismos, en cualquier forma, incluso originaria. La conducta referida, como ya se ha dicho, debe ser realizada a sabiendas, conociendo el origen de esos bienes.

No son verbos involucrados en la cuestión ni el traficar ni el adquirir o el recibir, no está referida en el tipo la transferencia a cualquier título en virtud de la cual el bien o valor pasa a estar en manos del lavador.

Distinto es el problema que genera el hecho de que el legislador no haya previsto un período transitorio de normalización, u otorgado una amnistía, para resolver el problema de los que a la fecha de entrar en vigencia la nueva ley tenían en su poder bienes de este tipo. Esa crítica es válida, pero no se resuelve por un acto de arbitrio, interpretativo. Como se ha declarado varias veces por nuestros tribunales, éstos no pueden constitucionalmente crear el derecho, sólo interpretarlo de acuerdo a normas legales preestablecidas. Son varios los casos en que nuestro Tribunal Supremo ha declarado que no ha podido actuar de manera diversa, precisamente, por no disponer de las normas adecuadas, tarea que corresponde al legislador.

Curiosamente, si el delito de lavado de dinero fuera, como se pretende por algunos, de ejecución instantánea, no se presentaría este problema, pues bastaría con que la persona después de enero de 1995 no ejecutara el acto que constituye lavado de dinero. Pero como ocurre que la naturaleza del delito es permanente o continua, como lo es también el verbo rector de la conducta tipificada, la única manera de exculparse es dejar de participar

o colaborar en el uso, aprovechamiento o destino del bien. Esta persona debe realizar por acción u omisión cualquier acto, cualquiera sea su naturaleza jurídica, que importe cesar en la tenencia, posesión o dominio de los bienes, y de no hacerlo así, significa que dolosamente continúa o permanece en el uso, aprovechamiento o destino y, por ende, comete delito.

Pues bien, el legislador, adecuando nuestra normativa a la Convención de Viena de 1988, por razones de política criminal, estimó adecuado elevar a la categoría de delito autónomo el encubrimiento y receptación del producto del tráfico de drogas, llegando al extremo de incluir, entre quienes son sujetos activos del delito de lavado de dinero, a quienes son los tenedores originarios de esos bienes, dineros o valores, es decir, incluso al propio traficante, lo que otras legislaciones excluyen expresamente.

Otro es el problema, y es nuestra intención referirnos a él en otro artículo, en el que trataremos de profundizar qué es “participar” o “colaborar”, y cómo ello se debe conjugar (puesto que el legislador no usa palabras para hacer literatura, sino para mandar, prohibir o permitir), con la tenencia o posesión originaria de los productos del narcotráfico. Algunos, en nuestra opinión equivocadamente, han querido entender las palabras “participa o colabora” como la imposición de actuar de a dos a lo menos, y en forma accesoria, considerando que la participación no puede ser autoría y que tampoco puede corresponder a un delito autónomo. Creemos que ello es una aproximación equivocada al término.

Como señala Mezger¹⁴, “las formas de participación en el delito” son: “la autoría” (en sus distintos modos) y la “participación” (instigación y complicidad en sentido amplio).

Es decir, el término es usado en dos sentidos distintos: en el del lenguaje común, como la define el diccionario de la Real Academia: “Tomar una parte en una cosa”, definiendo además el mismo diccionario como partícipe a quien “tiene parte en una cosa, o entra con otros a la parte en la distribución de ella”. Para la lengua castellana el partícipe puede, pues, actuar solo, originariamente, por sí, o en conexión con otros, pero no necesariamente con otros o en dependencia de algo. El Código Penal chileno, por su lado, se refiere a los autores con quienes toman parte, o se conciertan, en plural (sin que por ello se excluya a quien actúa solitario, sin otros) y reserva la palabra participación en el sentido penal particularmente y distinguido por Mezger, a quien encubre, no incluyendo en este verbo al

¹⁴ Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid. España. 2ª ed., pág. 247.

cómplice, al cual se refiere como quien coopera. De tal uso del lenguaje resulta evidente que no se está en nuestro sistema ante una definición legal de la palabra partícipe, sino que es usada en el sentido natural y obvio de la misma, el del lenguaje. Pues bien, así la consideró el legislador al redactar la ley 19.366 en 1995, pues si hubiere querido dar un sentido técnico distinto al vocablo habría debido precisarlo. Por lo demás, es lo más frecuente que el lavado de dinero no ocurra en soledad, con un solo partícipe. Se requieren usualmente otras personas para disimular el origen, para cortar la cadena entre el bien o valor y el delito del que es obtenido, se requieren generalmente triangulaciones de operaciones o personas, pero ello no impide que también se pueda actuar de a uno y, para aclararlo, el legislador chileno ha dicho, expresamente, que considera incluida en la figura la tenencia incluso originaria, la que no puede ser otra que la del que trafica, o produce la droga o los precursores químicos. De que ello es duro, es duro, pero cuando el tenor de la ley es claro, no se nos faculta por el derecho a consultar el espíritu de la norma ni podemos modificar la política criminal acordada por el legislador.

III

Como siempre, no es posible, en un Estado de Derecho, en que rige un ordenamiento jurídico escrito, ignorar algunas veces el mandato legal so pretexto de adecuar la ley a lo que, para cada uno, debería ser, corrigiendo la voluntad del legislador, y, más en concreto, la de la propia ley, como en el caso se ha hecho, además, al invertir la presunción establecida en el artículo 19, inciso 2º, de la misma ley, que dispone que: “Sin perjuicio de prueba en contrario, se presumirá el origen ilícito de los bienes a que se refiere el inciso anterior.” El inciso anterior se refiere a los bienes incautados, los mismos a que hizo referencia el fallo en comento, presumiendo —en contradicción abierta con esa norma legal expresa— su origen lícito, sin prueba ni construcción de presunción alguna, además de que no era un recurso de habeas corpus la vía procesal para entrar a distinguir y clasificar singularmente algunos bienes, sacándolos al caso del conjunto, sin pericia, sin auditoría contable alguna que acreditase el origen de cada uno.

Confunden los jueces la presunción del origen de los bienes con una presunción de responsabilidad criminal que la ley no contiene y que sí sería inconstitucional. La presunción legal relativa a los bienes no es más que una figura especial y de alguna manera perfeccionada de las medidas cautelares, como la incautación, medidas precautorias o embargos contenidas en

la ley penal y que se basan, precisamente, en la naturaleza del delito. Si estas medidas cautelares no existieran y, en consecuencia, continuara el uso, aprovechamiento o destino de los bienes hasta que se dicte la sentencia, se continuaría dañando el bien jurídico que se persigue proteger y la organización criminal haría lo necesario para encubrir el origen de los bienes, lo que en un delito de esta complejidad implica la imposibilidad de producir la prueba adecuada para obtener condena. Por esta razón la ley imperativamente señala que el juez adoptará todas las medidas necesarias para evitar el uso, aprovechamiento, beneficio o destino de los bienes. Basta que se presente querrela para que el Tribunal adopte tales medidas.

IV

Creemos que también es erróneo el fundamento de que antes de que fuera dictada la ley la conducta (lavado de dinero) era atípica (debiendo entenderse que se refiere a la adquisición de bienes con fondos provenientes del tráfico ilícito, a sabiendas del origen de los fondos). Necesariamente, el uso y aprovechamiento posterior también lo es, aun cuando éste se haya producido con posterioridad a haberse dictado la ley 19.366. Nunca ha sido atípica la adquisición de bienes a sabiendas de que el origen de los fondos es el tráfico ilícito, toda vez que, antes de 1995, si dicha conducta era efectuada por el propio traficante se entendía propia del aprovechamiento del delito y perseguibles en todo caso los bienes, en tanto que si se trataba de terceros era también una conducta punible, por la vía de la complicidad, encubrimiento o asociación ilícita, según el caso.

Respecto de lo que ocurría antes de que entrara en vigencia la ley 19.366, sostenemos que la adquisición de dichos bienes no constituía "lavado de dinero" y tampoco el uso y aprovechamiento de los mismos. Se configuraba un encubrimiento o asociación ilícita que posteriormente se eleva a delito autónomo. La premisa de ese análisis de la resolución de la Excma. Corte Suprema es errónea, porque considera que la conducta tipificada por el artículo 12 es la adquisición de bienes. En verdad, la conducta punible es otra: la participación o colaboración en el uso, aprovechamiento o destino de determinados bienes.

Más aún, la adquisición de bienes a sabiendas del origen ilícito de los fondos necesarios para adquirirlos, sigue siendo en sí misma, y en principio después de 1995, una conducta atípica. El delito de lavado de dinero es el posterior uso, aprovechamiento o destino de los mismos. Decimos en principio, pues la adquisición de estos bienes da lugar, sin duda, a

los actos constitutivos de tenencia, posesión o dominio de los mismos, que el inciso segundo del artículo 12 describe a manera ejemplar como propios del uso, aprovechamiento o destino, entre otros actos. En este sentido la adquisición de los bienes constituiría el modo o circunstancia de llegar a la tenencia, una de las conductas típicas.

Pues bien, en todo caso, la adquisición de los bienes en relación a la tenencia, posesión o dominio de los mismos, es una valoración jurídica, propia del derecho civil, es decir, un elemento objetivo o normativo, del tipo penal.

Claramente hay aquí una distinción para los efectos del tipo penal, para lo cual no está de más reiterar: una cosa es la conducta descrita (usar, aprovechar y destinar), que son hechos o actividades del mundo real, exterior y físico, y otra son las categorías jurídicas que el legislador ha incorporado como demostrativas desde un punto de vista jurídico de dichos actos y actividades para darlas por presuntas, las que pertenecen en cambio al mundo doctrinal, jurídico y del derecho civil.

En cualquier organización criminal la adquisición y el uso, aprovechamiento o destino de los bienes estarán separadas, así un testaferro adquirirá (puede ser incluso sin cometer lavado, en la medida que no conozca el origen de los bienes) en tanto el criminal será quien efectivamente use, aproveche o destine el bien, cometiendo delito de lavado. Por eso, la ley habla de actos que importen tenencia, posesión o dominio, sea de manera directa o indirecta, simulada, oculta o encubierta, dada la naturaleza y forma común en que ocurre el delito. Lo que interesa es sancionar el uso, aprovechamiento o destino, más que el adquirir, para impedir la circulación de esta riqueza ilícita.