

DELITO TRIBUTARIO Y DELITO DE LAVADO DE DINERO O ACTIVOS EN EL DERECHO CHILENO

TAX CRIME AND MONEY LAUNDERING LAWS IN CHILE

*Jaime García Escobar**

RESUMEN: Este artículo tiene por objetivo analizar el delito tributario base para la comisión del delito de lavado de dinero o de activos, que tipifica el artículo 27 de la ley N° 19.913, de 2003, que no es otro que aquel establecido en el inciso tercero del numeral cuarto del artículo 97 del *Código Tributario*, esto es, la obtención indebida de devoluciones de impuesto.

PALABRAS CLAVE: Delito tributario – Lavado de dinero – Ley N° 20.818 – Secreto o reserva bancaria.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the basic tax offense for the commission of the money laundering or asset crime, which typifies article 27 of Law N° 19.913 of 2003, which is none other than that established in the third Numeral number of article 97 of the Tax Code, that is, improper collection of tax refunds.

* Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Magister en Economía y Gestión para Abogados; trabajó en el Servicio de Impuestos Internos y en el Consejo de Defensa del Estado. Actualmente ejerce la profesión como Director de Litigios en la consultora BDO.

Jefe del Departamento de Derecho Tributario de la Escuela de Derecho de la Universidad Andrés Bello. Profesor de pregrado de la Escuela de Derecho de la Universidad Andrés Bello y de la Universidad del Desarrollo; Profesor de posgrado del Magister en Derecho Tributario y Diplomado en Tributación y Planificación Tributaria en la Facultad de Economía y Negocios de la Universidad de Chile; del Magister en Tributación de la Universidad Finis Terrae y del Diplomado en Tributación de la Universidad del Desarrollo; profesor de la Academia Judicial.

Autor de los siguientes libros: *Reformas tributarias ley N° 19.738; Infracciones tributarias no constitutivas de delito; Curso sobre delitos e infracciones tributarias; Elusión, planificación y evasión tributaria; Prescripción en materia tributaria y Tribunales tributarios y aduaneros*. Publicación de artículos en diversas revistas especializadas.

Exdirector del Instituto Chileno de Derecho Tributario. Miembro de las comisiones tributarias de la Cámara Nacional de Comercio y del Colegio de Abogados. Correo electrónico: jaimegarcia@jaimegarcia.cl

KEY WORDS: Tax Offense – Money Laundering – Law No. 20.818 – Secrecy or Banking Reserve.

* * *

El presente artículo tiene por objetivo, realizar un análisis del delito tributario que resulta ser base para la comisión del delito de lavado de dinero o de activos en Chile. Al efecto, el artículo 27 de la ley N° 19.913¹, de 2003,

¹ El artículo 27 de la ley N° 19.913 establece: “Será castigado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de doscientas a mil unidades tributarias mensuales:

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

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

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

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

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

modificada por la ley N° 20.818², agregó como delito base del delito de lavado de dinero o de activos, aquel tipificado en el inciso tercero del numeral cuarto del artículo 97 del D.L. N° 830, de 1974, sobre *Código Tributario*³.

Según la Unidad de Análisis Financiero⁴, el lavado de dinero o de activos, busca ocultar o disimular la naturaleza, origen, ubicación, propiedad o control del dinero, bienes obtenidos ilegalmente o ambos. Implica introducir en la economía activos de procedencia ilícita, dándoles apariencia de legalidad al valerse de actividades lícitas, lo que permite a delincuentes y organizaciones criminales disfrazar el origen ilegal de su producto, sin poner en peligro su fuente.

Como bien señalan Bublitz Ortíz⁵ y Franco⁶, el lavado es un proceso, es una secuencia de actividades. La primera etapa es la “colocación, inyección o incorporación”. Esta implica deshacerse materialmente de grandes sumas de dinero en efectivo. Para ello se colocan importantes cantidades a través de establecimientos financieros, recurriendo a la economía al por menor (*smurf*) o trasladándolo al extranjero. Se trata de ocultar el origen de los productos ilícitos mediante la realización de numeras transacciones financieras que se amontonan dificultando el descubrimiento del origen de los bienes. Los mecanismos más utilizados para ingresar el dinero al sistema financiero, son: Operaciones en casas de cambio; compras de vales vista, cheques viajeros, giros postales, envíos de dinero por sistemas de correo o transferencias internacionales de persona a persona, servicios telegráficos; cambios habituales de dinero efectivo en divisas; tarjetas de crédito que se usan para efectuar anticipos de pago a ella en cantidades no relevantes, obteniendo un saldo acreedor, para después de unos días, solicitar la cancelación de la tarjeta y la devolución del

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

En todo caso, la pena privativa de libertad aplicable en los casos de las letras a) y b) no podrá exceder de la pena mayor que la ley asigna al autor del crimen o simple delito del cual provienen los bienes objeto del delito contemplado en este artículo, sin perjuicio de las multas y penas accesorias que correspondan en conformidad a la ley”.

² www.bcn.cl

³ El inciso tercero del numeral cuarto del artículo 97 del *Código Tributario*, sanciona: “El que, simulando una operación tributaria o mediante cualquiera otra maniobra fraudulenta, obtuviere devoluciones de impuesto que no le correspondan, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio y con multa del cien por ciento al cuatrocientos por ciento de lo defraudado”.

⁴ La Unidad de Análisis Financiero (UAF) es un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios, que se relaciona con el (la) Presidente (a) de la República de Chile, a través del Ministerio de Hacienda. Se creó mediante la ley N° 19.913, que se publicó en el *Diario Oficial* el 18 de diciembre de 2003. Disponible en www.uaf.cl/lavado/

⁵ BUBLITZ (2006).

⁶ FRANCO (2011).

saldo; anticipos a proveedores; depósitos de grandes cantidades de dinero en cajas de seguridad nocturna o de hoteles, con lo que se evita el tener trato con personal del banco; adquisición de antigüedades u objetos de arte en subastas, las que luego se subfacturan; en España se ha utilizado la compra de activos financieros opacos contra entrega de efectivo (letras o pagarés del Tesoro y Deuda Pública Especial, posteriormente, emitidas, por las distintas administraciones públicas para facilitar el afloramiento, sin sanciones fiscales o administrativas y durante los periodos legalmente establecidos, del llamado dinero negro, o de ilícita procedencia), a través de sociedades mercantiles interpuestas, constituidas por familiares, y así poder evitar el control por las haciendas públicas y la investigación criminal de los hechos; certificados de casinos que acreditan ingresos obtenidos en juegos de azar; *brokers* de piedras preciosas y otros negocios en los que es habitual el manejo de importantes montos en efectivo, tales como: bares, hoteles, actividades gastronómicas, supermercados, lavanderías, cadenas de farmacias. Superada esta fase, el dinero queda lavado.

La segunda etapa se denomina: "Decantación, estratificación o apilamiento". Se trata de agrupar en una o algunas cuentas muchos certificados, instrumentos y papeles derivados del "lavado en pequeña escala". Aquí se ha afiatado el lavado así como las ganancias ilícitas se han alejado de su origen y estos fondos se encuentran protegidos por el secreto bancario.

La tercera etapa, denominada "Blanqueo o reciclaje e integración", consiste en que los dineros ya lavados tienen una explicación aparentemente satisfactoria respecto de la legitimidad de su origen. Existe una confusa secuencia de variadas transacciones de un lugar a otro, todo bajo la apariencia de operaciones de comercio exterior con empresas de papel o que poseen giro efectivo, pero vinculadas a los delincuentes.

Las operaciones toman las formas de transferencias, depósitos, préstamos e inversiones en otros países, las que se dan vuelta y entrecruzan creando situaciones difíciles de aclarar. El proceso final es el traslado de los recursos hacia su destino de término, por ejemplo, aquellos valores que provienen de la droga se transforman a las diversas actividades productivas. Una parte de los recursos se reinvierten en actividades generadoras de dinero ilícito y lo que se obtiene se deriva hacia actividades económicamente lícitas. Si lo anterior resulta exitoso, se efectúa una mayor cantidad de transacciones para lograr disgregar los rastros del dinero original, con lo que resulta en extremo difícil reconstruir su procedencia.

Un elemento fundamental en la lucha contra el lavado de dinero o de activos es el levantamiento del secreto bancario. En esta materia, en Chile el artículo 154 del decreto con fuerza de ley N° 3, de 1997, sobre Ley General de Bancos⁷, establece dos instituciones: El secreto bancario y la reserva ban-

⁷ www.bcn.cl

caria. A la primera de ellas se refiere el inciso primero de la citada norma, señalando:

“Los depósitos y captaciones de cualquier naturaleza que reciban los bancos están sujetos a secreto bancario y no podrán proporcionarse antecedentes relativos a dichas operaciones sino a su titular o a quien haya sido expresamente autorizado por él o a la persona que lo represente legalmente. El que infringiere la norma anterior será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio”.

Por su parte, el inciso segundo de esta misma disposición se refiere a la reserva bancaria, expresando:

“Las demás operaciones quedan sujetas a reserva y los bancos solamente podrán darlas a conocer a quien demuestre un interés legítimo y siempre que no sea previsible que el conocimiento de los antecedentes pueda ocasionar daño patrimonial al cliente. No obstante, con el objeto de evaluar la situación del banco, éste podrá dar acceso al conocimiento detallado de esas operaciones y sus antecedentes a firmas especializadas, las que quedarán sometidas a la reserva establecida en este inciso y siempre que la superintendencia las apruebe e inscriba en el registro que abrirá para estos efectos”.

Ahora bien, a fin de impedir la aplicación de las normas sobre secreto y reserva bancaria, la letra b) del artículo 2 de la ley N° 19.913, faculta a la Unidad de Análisis Financiero a:

“Solicitar a cualquiera de las personas naturales o jurídicas contempladas en el artículo 3° de esta ley, los antecedentes que con ocasión de la revisión de una operación sospechosa previamente reportada a la Unidad o detectada por ésta en ejercicio de sus atribuciones, resulten necesarios y conducentes para desarrollar o completar el análisis de dicha operación y los que deba recabar de conformidad con la letra g) del presente artículo. Las personas requeridas estarán obligadas a proporcionar la información solicitada, en el término que se les fije. Si los antecedentes a que se refiere este literal estuvieren amparados por el secreto o reserva, o deban requerirse a una persona no contemplada en el artículo 3° de esta ley, la solicitud deberá ser autorizada previamente por un ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, quien resolverá, sin audiencia ni intervención de terceros dentro del plazo de tres días contado desde la presentación de la misma. Corresponderá al Presidente de esta Corte designar, una vez al año y por sorteo, a dos de sus miembros para cumplir esta labor. Si ninguno de los ministros estuviere en funciones, corresponderá otorgar la autorización al Presidente de la Corte o a quien lo subroge. Tanto la solicitud de antecedentes amparados por el secreto o reserva que haga la Unidad, como la resolución del tribunal, deberán fundarse en hechos

específicos que las justifiquen, de los que se dejará expresa constancia en ambos documentos. Si la petición es rechazada, la Unidad de Análisis Financiero podrá apelar. La apelación será conocida en cuenta y sin más trámite por la sala de cuentas de la mencionada Corte, tan pronto se reciban los antecedentes. El expediente se tramitará en forma secreta y será devuelto íntegramente a la Unidad, fallado que sea el recurso...”.

Por su parte, el referido artículo 3º, establece:

“Las personas naturales y las personas jurídicas que se señalan a continuación, estarán obligadas a informar sobre operaciones sospechosas que adviertan en el ejercicio de sus actividades: los bancos e instituciones financieras; empresas de factoraje; empresas de arrendamiento financiero; las empresas de securitización; las administradoras generales de fondos y las sociedades que administren fondos de inversión privados; las casas de cambio y otras entidades que estén facultadas para recibir moneda extranjera; las emisoras y operadoras de tarjetas de crédito; las empresas de transferencia y transporte de valores y dinero; las bolsas de valores y las bolsas de productos, así como cualquier otra bolsa que en el futuro esté sujeta a la supervisión de la Superintendencia de Valores y Seguros; los corredores de bolsa; los agentes de valores; las compañías de seguros; los administradores de fondos mutuos; los operadores de mercados de futuro y de opciones; las sociedades administradoras y los usuarios de zonas francas; los casinos, salas de juego e hipódromos; los titulares de permisos de operación de juegos de azar en naves mercantes mayores, con capacidad de pernoctación a bordo, y que tengan entre sus funciones el transporte de pasajeros con fines turísticos; los agentes de aduana; las casas de remate y martillo; los corredores de propiedades y las empresas dedicadas a la gestión inmobiliaria; los notarios; los conservadores las administradoras de fondos de pensiones; las organizaciones deportivas profesionales, regidas por la ley N° 20.019; las cooperativas de ahorro y crédito; las representaciones de bancos extranjeros y las empresas de depósito de valores regidas por la ley N° 18.876.

Se entiende por operación sospechosa todo acto, operación o transacción que, de acuerdo con los usos y costumbres de la actividad de que se trate, resulte inusual o carente de justificación económica o jurídica aparente o pudiera constituir alguna de las conductas contempladas en el artículo 8º de la ley N° 18.314⁸, o sea realizada por una persona natural

⁸ Ley N° 19.913, Artículo 8. “El que por cualquier medio, directa o indirectamente, solicite, recaude o provea fondos con la finalidad de que se utilicen en la comisión de cualquiera de los delitos terroristas señalados en el artículo 2º, será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio o presidio mayor en su grado mínimo, a menos que en virtud de la provisión de fondos le quepa responsabilidad en un delito determinado, caso en el cual se sancionará por este último título, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 294 bis del Código Penal”.

o jurídica que figure en los listados de alguna resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, sea que se realice en forma aislada o reiterada...”.

Según la citada normativa y procedimiento, la Unidad de Análisis Financiero puede pasar por sobre el secreto y reserva bancarias, tratándose de operaciones sospechosas.

Luego de este preámbulo, y concretando el objeto del presente estudio, en primer lugar se analizará el artículo 27 de la ley N° 19.913, esto es, la norma jurídica que establece en Chile el delito de lavado de dinero o de activos; en segundo término, se procederá al análisis del delito tributario asociado al de lavado de activos, vale decir, el que describe el inciso tercero del numeral cuarto del artículo 97 del *Código Tributario*.

Debemos hacer presente que, en atención a que el delito tributario ha sido recientemente agregado al listado de delito base para el lavado de dinero o de activos (año 2015), no existe jurisprudencia emanada de los tribunales de justicia que se pueda acompañar al presente artículo.

I. DELITO DE LAVADO DE DINERO O ACTIVOS

En cuanto al^{9,10} tipo penal descrito por la ley chilena en el delito de lavado de activos o de dinero, realizaremos un estudio general del mismo.

En cuanto al bien jurídico protegido por este delito, tenemos diversas tesis, la síntesis de ellas, puede ser la siguiente:

- a) El orden público económico como bien jurídico protegido por el delito en estudio. El profesor Cea,¹¹ lo conceptualiza como:

“conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad estatal para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución”.

Por su parte, la Comisión de Estudios de la Constitución de 1980¹², lo definía como:

“normas fundamentales destinadas a regular la acción del Estado en la economía y a preservar la iniciativa creadora del hombre necesaria para el desarrollo del país, de modo que ellas conduzcan a la consecución del bien común”.

⁹ Un mayor estudio de los aspectos económicos de los delitos tributarios y el de lavado de dinero, lo encontramos en la obra ya citada FRANCO (2011).

¹⁰ Algunos aspectos generales del lavado de activos o de dinero, se encuentra en TOSO (2008).

¹¹ CEA EGAÑA (1998), p. 158.

¹² Texto extraído de STREETER (1985), p. 33.

Avilés Hernández¹³ estima que el orden público económico consiste en los diferentes elementos en su dimensión económica –públicos y privados– que integran la comunidad, de la manera que esta última estime valiosa para la obtención de su mejor desempeño en la satisfacción de las necesidades materiales del hombre. Por su parte, Fermandois Vohringer¹⁴ lo conceptualiza como el adecuado modo de relación de todos los diversos elementos de naturaleza económica presentes en la sociedad, que permita a todos los agentes económicos, en la mayor medida posible y en un marco subsidiario, el disfrute de sus garantías constitucionales de naturaleza económica de forma tal de contribuir al bien común y a la plena realización de la persona humana.

El delito de lavado de activos o de dinero, afecta al orden público económico, toda vez que altera el funcionamiento de la economía. A mayor abundamiento, uno de los elementos básicos para que una economía de mercado funcione correctamente, es la protección de la libre competencia, misma que se ve gravemente afectada por la comisión de estos delitos.

Al respecto, Szczeransky Cerda¹⁵ señala que el delito en estudio incide en el orden público económico, pues, al perpetrarse el ilícito, se incorporan al flujo económico del país, al margen de toda política o plan de desarrollo y al margen de toda regla ética o consuetudinaria, recursos provenientes de actividades no declaradas, pudiendo producirse en este sentido una competencia desleal.

- b) Otros estiman que la sanción al delito de lavado de activos o de dinero es un medio para reprimir el delito originario. Así, este carecería de un bien jurídico propio, sino se referiría al bien jurídico del delito que le sirve de base. Bajo Fernández y Bacigalupo¹⁶, señalan que la finalidad de la norma del blanqueo de capitales es la misma que en el delito de receptación: Impedir el delito originario que se está ocultando y se lesiona, por lo tanto, el bien jurídico de este delito. Otra parte de la doctrina, postula que el bien jurídico protegido por el delito de lavado de activos o de dinero es la salud pública. Esta tesis solo se sostiene en la medida que el único delito base sea el narcotráfico, situación que no acontece en nuestra normativa.
- c) Otros creen ver en el delito en estudio uno de carácter pluriofensivo. Según Blanco Cordero¹⁷ dos serían los aspectos vulnerados por este: La protección de la libre competencia, por una parte, y la estabilidad y soli-

¹³ AVILES (1998), p. 196 y ss.

¹⁴ FERMANDOIS (2001), p. 55.

¹⁵ SZCZARANSKY (1995).

¹⁶ BAJO y BACIGALUPO (2010), p. 681 y ss.

¹⁷ BLANCO (2012), p. 153.

dez del sistema financiero, por la otra. Para Prado Saldarriaga¹⁸, el delito es pluriofensivo, pues puede afectar a la administración de justicia, la transparencia del sistema financiero la legitimidad de la actividad económica y la salud pública.

- d) Parte de la doctrina estima que el bien jurídico protegido es la administración de justicia. La idea es que a través de la comisión del delito de lavado de dinero o de activos, se está impidiendo que la justicia tome conocimiento del ilícito en cuestión. Al respecto, Palma Herrera¹⁹ estima que la actividad de blanqueo y reciclado dificulta la investigación del delito precedente. En definitiva, la conducta de lavado de activos provenientes del delito no es más que un proceso de ocultamiento y de reciclaje que tiende justamente a tapar la fuente criminal de un activo, transformándolo en otro activo que aparezca como proveniente de una fuente legal o actividad lícita.
- e) Finalmente, otros estiman que el bien jurídico protegido por este delito es la seguridad, soberanía y democracia de los Estados. El proceso de lavado de activos provenientes del delito, en sí mismo, facilita la consolidación económica de cualquier empresa del delito (ejemplo: crimen organizado o grupo terrorista), permitiéndoles la expansión de sus organizaciones con total impunidad. (Ragues Valles²⁰).

Alejándonos de la discusión acerca del bien jurídico protegido por el delito de lavado de dinero o de activos, debemos hacer presente que en Chile nos encontramos con una descripción típica en que existe un catálogo cerrado de delitos. Si bien dicha estructura puede ser criticada, ya que eventualmente generaría un desvío de la criminalidad hacia delitos que no son fuente de bienes blanqueables²¹, tiene un gran aspecto positivo, pues al especificar los delitos previos, se respetan las funciones garantizadoras del tipo penal. Lo que en definitiva, da cuenta de una mayor certeza y seguridad jurídicas.

La norma legal utiliza la expresión: “El que de cualquier forma oculte o disimule el origen ilícito de determinados bienes...”. Al efecto, la propia ley define esta expresión, como

“objetos de cualquier clases apreciables en dinero, corporales o incorporeales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, como así mismo los documentos o instrumentos que acreditan la propiedad u otros derechos sobre los mismos”.

El artículo 27 de la ley N° 19.913, continúa señalando: “... a sabiendas de que provienen, directa o indirectamente, de la perpetración de hechos cons-

¹⁸ PRADO (1994), p. 63 y ss.

¹⁹ PALMA (2000), p. 284.

²⁰ RAGUES (2003), p. 127-154.

²¹ PREAMBS (2005), p. 225.

titutivos de alguno de los delitos contemplados...”. ¿Qué se entiende por “delitos”? Debe entenderse que basta que el hecho sea típico y antijurídico, ello en atención a lo dispuesto por el propio artículo 27, que establece:

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

Vale decir, nos encontraríamos frente a un proceso bastante complejo, toda vez que deberá tramitarse un doble juicio.

Otro problema que nos vemos enfrentados es el siguiente: ¿Basta la tentativa del delito base o este debe ser consumado? La ley no lo regula. La solución en el Derecho Comparado tampoco es unánime. Resulta razonable sostener que se pueden obtener bienes de un delito previo, cometido en grado de tentativa.

Las expresiones “a sabiendas” y “ha sabido”, hacen alusión a cualquier tipo de dolo, esto es, dolo directo, dolo indirecto y dolo eventual²².

II. DISCUSIÓN PARLAMENTARIA, GÉNESIS DE LA LEY

La incorporación del delito tributario como delito base de lavado de dinero o activos, resulta ser de reciente data, por lo que parece pertinente detenerse en el proceso legislativo a través del cual, el delito en estudio se agregó como delito base del lavado de dinero o de activos, tipificado en el artículo 27 de la ley N° 19.913.

En la página 462 de la *Historia de la Ley N° 20.818* (en adelante *HL N° 20.818*)²³, el director de la Unidad Especializada en lavado de dinero, delitos económicos, medioambientales y crimen organizado del Ministerio Público, señor Mauricio Fernández, señaló que el estándar internacional de esta materia apunta a incluir en los delitos base a los delitos tributarios. Informó que el delito tributario es un delito de acción penal mixta, por lo que solo puede ser investigado previa denuncia del Servicio de Impuestos Internos. Se trata de la primera alusión en la discusión parlamentaria, en cuanto a agregar delitos tributarios como base en el delito de lavado de dinero o de activos.

En la página 464 de la *HL N° 20.818*, el exdirector del Servicio de Impuestos Internos, Michelle Jorratt, hizo presente que fue invitado para referirse a la conveniencia de incluir a los delitos tributarios en la nómina de de-

²² Existe doctrina en contrario a este respecto, pero en atención a la naturaleza del presente trabajo, no la analizaremos.

²³ www.bcn.cl

litos base del delito de lavado de activos. Manifestó que en los años ochenta no se consideraba tal inclusión, debido a que se partía de la base que el lavado de dinero tenía relación, fundamentalmente con recursos provenientes del narcotráfico. Sin embargo, en el año 2012 el Grupo de Acción Financiera aconsejó incluir a los delitos tributarios como delito base del lavado de activos. Afirmó que, para el Servicio de Impuestos Internos, en principio, la decisión de incorporarlos en la mencionada nómina sería conveniente.

En la misma ocasión, el subdirector Jurídico del Servicio de Impuestos Internos, Cristián Vargas, expresó que resultaría importante incorporar a los delitos tributarios en los delitos base del lavado de activos, porque ello permitiría una mejor investigación del Ministerio Público en delitos como obtención fraudulenta de devolución de impuestos, delitos respecto de los cuales existe evidencia que se vinculan con un posterior lavado de activos. En la página 467 de la *HL N° 20.818*, el citado Mauricio Fernández, afirmó que la incorporación del delito tributario como delito base del delito de lavado de activos podría significar que se pueda investigar un delito tributario sin necesidad de esperar que el Servicio de Impuestos Internos resuelva si perseguirá al contribuyente por la vía administrativa o penalmente²⁴.

En la página 469 de la *HL N° 20.818*, el asesor legislativo de la banca de diputados del Partido Socialista, Enrique Aldunate, señala que respecto a qué delitos tributarios incorporar, sostuvo que el principal es el sancionado en el artículo 97 N° 4 del *Código Tributario*.

Del mismo modo, en su página 498, el senador Alberto Espina manifiesta que es muy discutible que todas las figuras ilícitas que se establecen en los tres primeros párrafos del número 4° del artículo 97 del *Código Tributario*, sean idóneas para configurar el delito de lavado de activos.

En la página 504 de la *HL N° 20.818*, el antes referido Mauricio Fernández, sostuvo que los productos provenientes de los delitos tributarios

²⁴ No nos parece una correcta interpretación de la ley. Como hemos señalado, tanto el *Código Tributario* como la Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos, otorgan la titularidad exclusiva en cuanto al ejercicio de la acción penal tributaria al director del Servicio de Impuestos. El hecho que el delito tributario sea base para el delito de lavado de dinero o activos, nos parece que no altera la situación anterior, esto es, la necesidad que el Director del ente fiscalizador se querelle o denuncie la comisión del delito tributario. En la página 505 de la *HL N° 20.818*, el abogado penalista Juan Domingo Acosta coincide con esta tesis, señalando que la regla procesal actual en materia de ilícitos tributarios internos es la instancia administrativa previa del Servicio de Impuestos Internos y que, de aprobarse algún tipo de inclusión de estos ilícitos en los listados de delitos base, debería considerarse que esa autoridad administrativa también debería tener la exclusividad para solicitar la persecución penal por el lavado de activos provenientes de delitos tributarios, pues de lo contrario la integridad de la política fiscal puede verse gravemente afectada. De esta forma, coincidimos con los dichos del reputado profesor, en cuanto a que en el caso propuesto, debe seguir siendo el Servicio de Impuestos Internos el que, exclusivamente, ejerza la acción penal por delito tributario, sea a través de la interposición de una querrela o de denuncia.

tiene una magnitud relevante y son fácilmente ocultables, lo que sumado a las nuevas reglas de la reforma tributaria sobre repatriación de capitales, también aconseja su incorporación en la nómina antes indicada.

En la página 504 de la *HL N° 20.818*, el abogado tributarista Sebastián Guerrero, expresó que estaba en desacuerdo con las consideraciones anteriormente planteadas, pues a su juicio el tenor del primer literal del artículo 27 de la ley de lavado de activos parte de la base que ese delito tiene lugar cuando de cualquier forma se oculte o disimulen el origen ilícito de determinados bienes, a sabiendas de que provienen, directa o indirectamente de la perpetración de hechos constitutivos de delitos. Indicó que este supuesto inicial no cuerda con la descripción típica del N° 4 del artículo 97 del *Código Tributario*, que se refiere a las declaraciones de impuestos incompletas, a la omisión de libros contables, a la adulteración de balances, inventarios y registros, y a la utilización ilegal de documentación tributaria. Sostuvo que ninguna de estas conductas se refiere a ocultamiento de productos de otros ilícitos, por lo que no podrían considerarse como ilícitos base del lavado de activos.

En su página 505, el abogado penalista Juan Domingo Acosta puntualizó que coincidía con el juicio anteriormente vertido, pues en efecto la estructura esencial del lavado de activos es una suerte de disimulación del origen ilícito de ciertos bienes. Explicó que detrás de la idea de un listado de delitos base está el concepto de un botín delictual que obtuvo quien perpetró un delito previo, y que intenta reintroducir al mercado ocultando su fuente; de esta forma lava activos el secuestrador que hace maniobras para hacer aparecer como lícitos los recursos provenientes del rescate que previamente obtuvo, y se puede predicar el mismo fenómeno cuando el narcotraficante opera de esa forma para poder ocupar abiertamente el producto de la venta de droga. Observó que en la evasión tributaria, en cambio, no hay tal cosa como un botín delictual previo, pues los actos económicos que no fueron declarados en su oportunidad ante la autoridad tributaria son comúnmente negocios lícitos que no pagaron impuestos debiendo haberlo hecho. La única norma que podría compatibilizarse con la idea de botín es la maniobra fraudulenta para obtener una devolución indebida de impuestos, contemplada en el párrafo tercero del número cuarto del artículo 97, pues se trataría de una figura con una estructura similar al fraude de subvenciones, contemplado en el número ocho del artículo 470 del *Código Penal*, que fue incorporado al listado de delitos base en la formulación aprobada por el Senado en el segundo trámite constitucional.

En apoyo a dicha tesis, Moyano Loyola²⁵ sostiene que para comenzar a analizar si el producido del delito de evasión puede o no ser lavado, primero

²⁵ MOYANO (2015).

debe diferenciarse el dinero de origen ilícito sobre el de origen lícito. Ello porque el dinero de origen ilícito no es susceptible de ser evadido dado que sobre él, no puede cobrarse tributo alguno en virtud de que no resulta correcto que el Estado aumente sus arcas valiéndose de la tributación sobre activos obtenidos de manera ilícita²⁶.

Prosigue Moyano Loyola manifestando que el dinero que se evade proviene de una actividad lícita motivo por el cual no podría *a posteriori* ser lavado, dado que uno de los requisitos del tipo penal del lavado es que el dinero que se ingrese al mercado sea el resultante de actividades ilícitas. Puede afirmarse

²⁶ La Excma. Corte Suprema de Justicia chilena, no concuerda con esta tesis, toda vez que a consecuencia de la interposición de querrelas por el delito tipificado en el numeral noveno del artículo 97 del *Código Tributario*, sobre ejercicio del comercio en forma clandestina, entre otras, el ingreso rol N° 990-05, de 19 de octubre de 2006, ha resuelto que las rentas de origen ilícito deben tributar, fundándose en los conceptos de renta y de venta que establecen el D.L. 824 y el D.L. 825, sobre Ley de Impuesto a la Renta y Ley de Impuesto al Valor Agregado, por una parte, y, por la otra, pues de no hacerlas tributar, se infringiría el principio de igualdad en materia tributaria.

Ahora bien, existen argumentos para sostener la tesis contraria. Un resumen de ellos, es el siguiente:

- a) Para que exista renta debe haber incremento de patrimonio y este no se incrementa cuando los ingresos que lo acrecen no pertenecen en propiedad a su titular. No existe incremento patrimonial si no existe título o este se encuentra viciado.
- b) Si deben tributar las rentas ilícitas, se viola el principio constitucional que prohíbe forzar la autoinculpación. El art. 19 N° 7 letra f) de la *Constitución Política de la República* prohíbe que se obligue a los inculpados a declarar bajo juramento sobre un hecho propio.
- c) No se podría aplicar el art. 70 de la Ley de Impuesto a la Renta, sobre justificación de inversiones, toda vez que resultaría absurdo justificar la compra del automóvil con recursos provenientes de un robo. Y, además, se infringiría el principio que prohíbe la autoinculpación.
- d) Aunque aparezca como absurdo, si las rentas ilícitas debieran tributar, se podrían deducir los desembolsos incurridos para generarlas (gastos necesarios, en la nomenclatura del artículo 31 de la Ley de Impuesto a la Renta), por ejemplo, el soborno al funcionario público, el pago a los sicarios o el valor de las armas, etc.
- e) En Chile, administrativamente, no se puede cumplir esta obligación, pues en el formulario de declaración, no existe un apartado para declarar las "rentas ilícitas".

En apoyo de esta tesis, con fecha 31 de enero de 2011, en los autos rol N° 479-2010, caratulados *c/ Ariel Rodrigo Soto Alarcón y otros*, la Corte de Apelaciones de San Miguel, conociendo del recurso de apelación, revocó en parte la sentencia de primera instancia y absolvió a los contribuyentes del delito contemplado en el artículo 97 N° 9 del *Código Penal*, toda vez que estimó que no era factible imputar a los condenados una conducta transgresiva de la normativa tributaria en circunstancias que la actividad que se pretende gravar, en sí, configura el ilícito establecido en el artículo 80 letra b) de la ley N° 17.336.

Ello, por cuanto la Corte consideró que resulta improcedente entender que la realización de actividades ilícitas esté gravada con impuestos. Agrega que de igual modo es impensable que el Estado a través de alguno de sus órganos tenga facultades para permitir o autorizar actividades comerciales de carácter ilícito.

que el dinero no fue obtenido ilícitamente, sino a través de una actividad comercial no prohibida, pero que se detrae del mercado, evitando la tributación.

Por otro lado, la citada autora expresa que el establecimiento del delito tributario, como base para el de lavado de dinero o de activos, podría afectar al principio del *non bis in idem* en virtud de que la persona está siendo dos veces condenada por el mismo hecho. Lo que claramente se ve en el autolavado, en que la misma persona que evadió es la que ingresa al mercado el dinero producto del ilícito tributario.

Finalmente, la autora señala que no considera que pueda lavarse el producido de los delitos de apropiación indebida de tributos (ya sea de la seguridad social o fiscales), dado que, si bien la obtención es ilícita, el bien jurídico que fue transgredido ha sido la hacienda pública exclusivamente (puesto que ella ha visto reducido su patrimonio) y no el orden económico y financiero. Justamente, para poder apropiarse de ese dinero, primero tiene que haberlo tenido en su poder en base a una facultad (sino más bien un deber) legal (es decir, ser agente de retención) e incumpliendo el mandato, no depositarlo. Ese dinero estaba en el mercado y lo retuvo. No hay ningún ingreso.

Por su parte, el abogado Matías Froment²⁷ señala:

“En la evasión tributaria, se afecta a la hacienda pública, puesto que con las ganancias obtenidas a través de una fuente ilícita, el contribuyente sustrae total o parcialmente el pago de tributos al organismo recaudador, obteniéndose un beneficio personal en menoscabo de las arcas del Estado Nacional o Provincial. En todo momento, el contribuyente debe tener conciencia de que mediante el ardid o engaño produce esos perjuicios patrimoniales al Fisco”.

En el mismo sentido, Cardozo y Pera²⁸, sostienen que aun:

“aceptando que la evasión puede ser delito antecedente del lavado de activos, resulta menester dejar bien en claro que sólo sería susceptible de ser lavado el dinero que efectivamente se omitió ingresar al fisco. Así, por ejemplo, si un sujeto (responsable inscripto) omite registrar ventas por \$100.000, conforme el régimen general del Impuesto al Valor Agregado, el mismo omitió ingresar al organismo fiscal la suma de \$21.000, lo que según la doctrina española configura la denominada cuota evadida. Sólo estos \$21.000 (más la cuota respectiva del Impuesto a las Ganancias) pueden ser lavados y por ende pasibles de la comisión de un delito”.

En la página 506 de la *HL N° 20.818*, el abogado Gonzalo Medina, señaló que la doctrina ha discutido que la “cuota tributaria” o parte de la base imponible de un hecho gravado que debió ser integrado a arcas fiscales como

²⁷ FROMENT (2015).

²⁸ CARDOZO Y PERA (2015).

impuesto tiene naturaleza delictual. Puntualizó que desde una perspectiva fenomenológica no existe, en el caso del delito tributario, un desplazamiento patrimonial típico del lavado, pues se trata simplemente de una parte del activo de una persona o empresa que no ingresa al patrimonio fiscal, pero no hay un movimiento contable que sea la base para configurar una acción típica. Por otro lado, la doctrina moderna considera que la cuota tributaria sí tiene naturaleza delictual, pues respecto de ella pesa sobre el contribuyente una obligación legal positiva de declarar y enterarla a las arcas fiscales como tributo. Explicó que la tendencia jurisprudencial contemporánea acoge la teoría moderna y, por lo tanto, es partidaria de que los delitos tributarios integren la nómina de ilícitos base para el lavado de activos.

En la página 508 de la *HL N° 20.818*, el diputado Soto observó que el fraude tributario reúne las características necesarias que exige el GAFI para ser considerado delito base para el lavado, por tanto, añadió, no cabe duda que el fraude tributario que indica el N° 4 del artículo 97 del *Código Tributario* debe incluirse.

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

A continuación, el abogado Acosta planteó que el asunto más delicado que está en juego es aumentar las hipótesis de autolavado, que naturalmente implica construir distorsiones punitivas relevantes, pues supone una doble incriminación por un mismo hecho, ya que el lavado del productor de un delito es un acto de agotamiento y no un ilícito autónomo. Añadió que la mayor parte de las ganancias que no son declaradas tributariamente provienen de actos lícitos, por tanto, el uso posterior de ese producto lícito no debería ser objeto de incriminación. También volvió a llamar la atención sobre la titularidad de la acción para perseguir el delito de lavado proveniente de un ilícito tributario o aduanero, pues en este caso hay una instancia administrativa previa para perseguir el delito base.

En la página 509 de la *HL N° 20.818*, el abogado Medina observó que la tipificación del lavado de activo en los encabezados de las letras a) y b) del artículo 27, permite considerar como tal, y aplicar las sanciones del caso, a cualquier uso o mera tenencia de bienes provenientes de un ilícito respecto del cual se conocía o se estaba en posición de conocer su origen criminal, lo

que es mucho más amplio que la idea común que se tiene del lavado de activos, consistente en el empleo de técnicas financieras sofisticadas para disimular el origen ilícito de fondos cuantiosos. Finaliza su intervención manifestando que si se incorpora en este proyecto un delito tributario entre los ilícitos base, es necesario armonizar las reglas procesales, estableciendo que la acción para perseguir tanto el delito base como el de lavado de activos quedará en manos del Director de Aduanas o del Servicio de Impuestos Internos, según se trata de aranceles o impuestos, y que los acuerdos reparatorios respecto de estos delitos base también suspenderán la persecución penal respecto del lavado de activos subsecuente.

En la misma página, el antes citado Fernández, añadió que no está en discusión el autolavado, pues la legislación chilena ya lo contempla y las convenciones internacionales de Viena y Palermo –ratificadas por Chile– expresamente lo requieren. Agregó que los delitos tributarios cuya incorporación ahora se discute son los contemplados en los tres primeros párrafos del número 4) del artículo 97. Preciso que ellos no constituyen simples elusiones o evasiones tributarias sino verdaderos fraudes contra la hacienda pública, con un cariz igual de delictual que los demás tipos que integran la lista de delitos base. De esta forma, en la página 516 la Comisión Mixta, por la unanimidad de sus miembros presente, senadores Espina, Harboe y Larraín y diputados Turres, Ceroni, Chahin, Monckeberg y Soto, proponen agregar en la letra a) del artículo 27 de la ley N° 19.913, como delito base del delito de lavado de dinero o de activos: “...en el párrafo tercero del número 4° del artículo 97 del Código Tributario...”.

III. DELITO TRIBUTARIO BASE PARA EL DELITO DE LAVADO DE DINERO O ACTIVOS

Antes de entrar al análisis de la figura tributaria que sirve de base para el delito de lavado de dinero o activos, resulta menester realizar algunas consideraciones previas, útiles para dar un marco general del Derecho Penal Tributario chileno.

En primer lugar, desde el punto de vista de la aplicación de la pena, las infracciones tributarias podemos clasificarlas en: Infracciones civiles, infracciones administrativas o contravenciones, delitos tributarios e infracciones funcionarias. Las primeras se refieren al pago del tributo con atraso y son sancionadas con el pago de un interés del 1,5% por mes o fracción de mes de atraso. Después tenemos las infracciones administrativas o contravenciones, en que se sanciona con una pena pecuniaria, el incumplimiento de una obligación, deber o prohibición de carácter impositivo. Por ejemplo, el numeral décimo del artículo 97 del *Código Tributario*²⁹ sanciona la no emisión de una boleta, factura, nota de débito o de crédito o guía de despacho, castigándose dicha

²⁹ www.sii.cl

conducta con la pena pecuniaria del cincuenta por ciento al quinientos por ciento del monto de la operación, con un mínimo de dos unidades tributarias mensuales y un máximo de cuarenta unidades tributarias anuales³⁰. En tercer lugar, encontramos los delitos tributarios, esto es, violaciones dolosas a una obligación, deber o prohibición tributarias, sancionadas por la ley con una pena privativa de libertad y pecuniaria. Por ejemplo, el numeral quinto del artículo 97 del *Código Tributario* castiga con una pena de multa del cincuenta por ciento al trescientos por ciento del impuesto se trata de eludir y con presidio menor en sus grados medios a máximo la omisión maliciosa de declaraciones exigidas por las leyes tributarias para la determinación o liquidación de un impuesto. Finalmente, están las infracciones funcionarias, en que se sancionan a determinados funcionarios del Servicio de Impuestos Internos, y a otros empleados públicos, con penas de carácter administrativo. Por ejemplo, el artículo 102 del *Código Tributario*, sanciona a todo funcionario, sea fiscal o municipal o de instituciones o empresas públicas, incluyendo las que tengan carácter fiscal, semifiscal, municipal o de administración autónoma, que falta a las obligaciones que le impone este *Código* o las leyes tributarias, siendo sancionado con multa del cinco por ciento de una unidad tributaria anual a cuatro unidades tributarias anuales.

Ahora bien, las infracciones administrativas y los delitos tributarios son figuras que pueden ser cometidas a través de acciones u omisiones. Un ejemplo de figura que se puede cometer por omisión la encontramos en el inciso primero del numeral cuarto del artículo 97 del *Código*, que sanciona: "...la omisión maliciosa en los libros de contabilidad de los asientos relativos a las mercaderías adquiridas, enajenadas o permutadas...". Por su parte, una figura de comisión por acción, sería aquella de que da cuenta el numeral noveno del precitado artículo, que sanciona: "El ejercicio efectivamente clandestino del comercio...".

Desde el punto de vista de la titularidad del ejercicio de la acción penal tributaria, esta se radica en el director del Servicio de Impuestos Internos. En efecto, la letra g) del artículo 7° del decreto con fuerza de ley N° 7, de 1980, sobre Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos³¹, establece que es facultad del Director:

"Decidir si ejercerá la acción penal por las infracciones sancionadas con multa y pena corporal, y, de resolver ejercerla, determinar si formulará denuncia o interpondrá querrela, por sí o por mandatario, o, de estimarlo necesario, requerir la intervención del Consejo de Defensa del Estado".

³⁰ Aproximadamente, en atención a la variación del mismo, 1€ equivale a 723 pesos chilenos; una unidad tributaria mensual, corresponde a 45.907 pesos chilenos; y, una unidad tributaria anual a 550.884 pesos chilenos. Con esas cifras, se tiene que dos unidades tributarias mensuales serían aproximadamente 126€ y cuarenta unidades tributarias anuales alcanzarían la suma aproximada de 304.776€.

³¹ www.bcn.cl

En el mismo sentido razona el inciso segundo del artículo 162 del *Código Tributario*, cuando dispone:

“En las investigaciones penales y en los procesos que se incoen, la representación y defensa del Fisco corresponderá sólo al Director, por sí o por medio de mandatario cuando la denuncia o querrela fuere presentada por el Servicio, o sólo al Consejo de Defensa del Estado, en su caso...”.

Esta situación ha sido criticada, toda vez que el hecho que se radique la titularidad de la acción penal tributaria en el ente fiscalizador, y especialmente, en un solo funcionario, podría generar una mala utilización de la facultad en cuestión, pudiendo otorgarle un criticable tinte político.

También se confiere al director del Servicio de Impuestos Internos la facultad de desarrollar un proceso de recopilación de antecedentes, a fin de poder decidir debidamente y con conocimiento de causa, su facultad en cuanto a ejercer la acción penal tributaria. En efecto, la letra f) del artículo 7° de la Ley Orgánica del Servicio, le permite al Director:

“Ejercer la tuición administrativa de los casos en que se hubieren cometido infracciones sancionadas con multa y pena corporal, respecto de los cuales el Servicio efectuará la recopilación de antecedentes destinada a fundamentar la decisión a que se refiere la atribución contemplada en la letra siguiente”.

Por su parte, el numeral décimo del artículo 161 del *Código Tributario*, establece:

“...En estos casos corresponderá al Servicio recopilar los antecedentes que habrán de servir de fundamento a la decisión del Director a que se refiere el artículo 162, inciso tercero”.

Se ha criticado esta facultad, toda vez que, en buenas cuentas, se está en presencia de una investigación por la comisión de un presunto delito tributario, en circunstancias que la *Constitución Política de la República* radica esta, en términos exclusivos, en el Ministerio Público.

Entrando derechamente al estudio del delito tributario que sirve de base para el delito de lavado de dinero o activos, repetimos que se encuentra tipificado en el inciso tercero del numeral cuarto del artículo 97 del *Código Tributario*, norma que castiga: El que, simulando una operación tributaria o mediante cualquiera otra maniobra fraudulenta, obtuviere devoluciones de impuesto que no le correspondan, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio y con multa del cien por ciento al cuatrocientos por ciento de lo defraudado³².

³² www.sii.cl El texto completo del numeral cuarto del artículo 97 del *Código Tributario*, es el siguiente: “Las declaraciones maliciosamente incompletas o falsas que puedan inducir a

El origen de ella es el decreto ley N° 3.443 de 1980, disposición que se dictó a consecuencia de ciertos delitos que produjeron conmoción pública, especialmente un fraude ejecutado a través de la Compañía Union Trading. Se trataba de una empresa exportadora de minerales que, en realidad, lo que enviaba al extranjero era arena o tierra en sacos, en vez de concentrado de cobre. Para producir los supuestos derivados del cobre, se simulaba haber empleado una serie de insumos industriales. Todas estas facturas que representaban insumos, servicios, gastos de extracción y fletes de los productos exportados eran ideológicamente falsas. Respecto de esas adquisiciones y uso de servicios, se solicitaba la devolución del crédito fiscal del Impuesto al Valor Agregado. En efecto, Union Trading, después de cada exportación falsa, presentaba y obtenía de la Tesorería General de la República la devolución de esos impuestos. Entre otros, es en atención a este caso, que se decide sancionar las devoluciones fraudulentas de impuestos.

Los elementos del delito en cuestión, son los siguientes:

1. La conducta descrita por la ley posee dos alternativas: La primera de ellas, exige estar en presencia de una simulación de una operación tributaria, por ejemplo: Una exportación en que, en vez de exportar jalea real o propóleo, ello se simula, enviándose al extranjero, barriles

la liquidación de un impuesto inferior al que corresponda o la omisión maliciosa en los libros de contabilidad de los asientos relativos a las mercaderías adquiridas, enajenadas o permutadas o a las demás operaciones gravadas, la adulteración de balances o inventarios o la presentación de éstos dolosamente falseados, el uso de boletas, notas de débito, notas de crédito o facturas ya utilizadas en operaciones anteriores, o el empleo de otros procedimientos dolosos encaminados a ocultar o desfigurar el verdadero monto de las operaciones realizadas o a burlar el impuesto, con multa del cincuenta por ciento al trescientos por ciento del valor del tributo eludido y con presidio menor en sus grados medio a máximo.

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

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

Si, como medio para cometer los delitos previstos en los incisos anteriores, se hubiere hecho uso malicioso de facturas u otros documentos falsos, fraudulentos o adulterados, se aplicará la pena mayor asignada al delito más grave.

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

lLENOS de miel en bruto. Respecto de la segunda conducta, se requiere la realización de cualquier maniobra fraudulenta. Se estima que esta disposición podría adolecer de problemas de constitucionalidad, toda vez que no se describe adecuadamente la conducta que genera el delito. Efectivamente, la realización de una “maniobra fraudulenta”, ciertamente, no describe correctamente la conducta que se pretende castigar, no cumpliendo con el estándar mínimo que exige la *Constitución Política de la República*, esto es, nos encontraríamos en frente de una ley penal en blanco.

En definitiva, lo que está detrás del delito tributario en análisis es una estafa agravada, esto es, una conducta a través de la cual se engaña al fisco, a fin que este haga una disposición de recursos en favor de un tercero.

Como acertadamente señala Massone³³, puede tratarse de cualquier clase de “impuesto”, independientemente de la forma que se haya enterado en arcas fiscales o de quien lo haya pagado (aunque es casi superfluo decirlo, hay casos en que el impuesto es pagado por una persona y quien tiene derecho a obtener la devolución es otra). El impuesto de cuya devolución se trata puede ser un impuesto definitivo, un pago provisional o a cuenta, o uno pagado a través de una retención.

2. En segundo lugar, el tipo exige la obtención de devoluciones indebidas de impuesto, esto es, que no le correspondan al contribuyente. En esta materia, estamos por la posición de que se está en presencia de un delito de resultado. Al efecto, Ugalde Prieto³⁴ estima que respecto de este tipo penal, nos encontramos frente a un tipo de resultado. Estos delitos se presentan:

“Cuando la figura penal requiere –para su consumación– la producción de un resultado separado de la conducta que lo causa (p. ej., en el homicidio, la muerte del ofendido; en las lesiones del art. 397 N° 2, la enfermedad o incapacidad por más de 30 días, etc.), se habla de delitos materiales o de resultado. En tales casos, por resultado se entiende la modificación del mundo exterior como consecuencia del movimiento corporal en que consiste la acción (o su omisión). Cuando dicho resultado no se exige, se habla de delitos formales (por ejemplo: en la injuria del art. 416 Código Penal, y la violación de domicilio del art. 114, del mismo cuerpo legal)³⁵”.

³³ MASSONE (2009), p. 366.

³⁴ UGALDE y GARCÍA (2011), p. 53.

³⁵ POLITOF, MATUS y RAMÍREZ (2003), pp. 161-162.

Por su parte, Altamirano Catalán y Muñoz Benavente³⁶ señalan:

“Se trata, a nuestro juicio, de un delito de resultado, ya que exige para su perpetración que el agente obtenga una devolución de impuestos indebida, que da lugar al perjuicio fiscal”.

Coincidiendo con la tesis expuesta, Alvarado Urizar³⁷ manifiesta:

“...La figura establece expresamente que se debe obtener la devolución, con lo que implícitamente exigen la producción de un perjuicio, es decir, de un resultado, que no es condición objetiva de punibilidad, sino elemento del tipo penal. Las consecuencias de ello son palmarias: El perjuicio debe ser abarcado por el dolo del autor, viene a cuento la responsabilidad por un delito frustrado en los términos del art. 7° inciso 2° en relación con los arts. 50 y ss. CP, es teóricamente posible el desistimiento por evitación del perjuicio para el Fisco, etc.”.

La historia fidedigna³⁸ de la ley confirma que estamos frente a un delito de resultado, ya que con fecha 5 de septiembre de 1995 el Poder Ejecutivo ingresó al H. Congreso Nacional un proyecto de ley, modificatorio (entre otros textos legales) del *Código Tributario*, proponiendo intercalar en el N° 4, como nuevo inciso cuarto, pasando el actual cuarto a ser quinto, el siguiente:

“En las mismas penas señaladas en el inciso segundo incurrirán los que realicen maliciosamente cualquier maniobra tendiente a obtener devoluciones de sumas de dinero o de impuestos que no les correspondan”.

Tal propuesta del Poder Ejecutivo no prosperó. Ello permite sostener que el obtener la devolución es una condición objetiva de punibilidad, de modo que las formas imperfectas (tentativa y delito frustrado) no se pueden sancionar.

3. En cuanto al sujeto activo, la norma utiliza la expresión “El que”, indicando que el delito puede ser cometido por cualquier persona, sea o no contribuyente. Al efecto, Massone³⁹ señala:

“Habrá casos en que el hechor simule ser contribuyente sin serlo y otros en que sostenga que pagó un impuesto no adeudado e incluso que pagó un impuesto que si bien era adeudado no lo era por él sino por otra persona, tal vez aduciendo precisamente que él no era el contribuyente”.

³⁶ ALTAMIRANO y MUÑOZ (2006), p. 375.

³⁷ ALVARADO (2011), p. 223.

³⁸ UGALDE y GARCÍA (2011), p. 54.

³⁹ MASSONE (2009), p. 365.

En esta materia, Vallejos Castro⁴⁰ critica la norma, en atención a una serie de imperfecciones que la afectan, señalando lo siguiente:

“El tipo penal contenido en el inciso tercero, demuestra una evidente imperfección legislativa que hace imperioso corregir. En efecto, la norma empieza con los vocablos el que, queriendo significar que ésta es aplicable a cualquier persona, sea o no contribuyente, representante o mandatario de éste. Sin embargo, para hacer una aplicación amplia de este inciso, el legislador debió corregir muchas disposiciones, títulos y párrafos en el cuerpo legal en el cual se insertó este nuevo delito”. “En efecto, el párrafo primero del título segundo, del Libro Segundo del Código Tributario, dice expresamente: ‘De los contribuyentes y otros obligados’. El artículo 98 del mismo cuerpo legal, señala: ‘De las sanciones pecuniarias responden el contribuyente y las demás personas legalmente obligadas’”.

También el artículo 99, expresa:

“Las sanciones corporales y los apremios, en su caso, se aplicarán a quien debió cumplir la obligación y, tratándose de personas jurídicas, a los gerentes, administradores o a quienes hagan las veces de éstos y a los socios a quienes corresponda dicho cumplimiento”.

“Por último el propio inciso tercero, habla de devoluciones de impuesto, lo que tiende a dar la impresión que se trata de una persona obligada, previamente, a su pago”.

En consecuencia, todo lo anterior demuestra que el espíritu de aplicación amplia e irrestricta a cualquier persona, con que se inicia el inciso al utilizar los vocablos el que “se ve frustrado y en contradicción con la falta de armonía y contexto legal”.

Termina su crítica Vallejos Castro⁴¹ haciendo referencia al D.L. N° 3.433, de 2 de julio de 1980, cuyo artículo 1° creó este tipo penal. Ello por cuanto, el artículo 3° de este mismo cuerpo legal agregó el siguiente N° 8 al artículo 470 del *Código Penal*:

“A los que fraudulentamente obtuvieren del Fisco, de las Municipalidades, de las Cajas de Previsión y de las instituciones centralizadas o descentralizadas del Estado, prestaciones improcedentes, tales como remuneraciones, bonificaciones, subsidios, pensiones, jubilaciones, asignaciones, devoluciones o imputaciones indebidas”.

A este respecto, el citado autor señala en la página 354 de su obra:

“Se produce, en consecuencia, un concurso real de leyes penales, puesto que ambas normas son aplicables a un mismo hecho ilícito, con la consiguiente confusión interpretativa, que el legislador debe procurar evitar”.

⁴⁰ VALLEJOS (1988), p. 52.

⁴¹ *Ibid.*

4. Respecto de la pena que estableció el legislador para el delito en estudio, nos parece pertinente realizar dos precisiones⁴²:
 - a. Estimamos que en modo alguno se justifica una sanción de la magnitud que reguló el legislador, misma que oscila entre presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio, esto es, desde 3 años y 1 día a 15 años. Sin duda, el bien jurídico protegido por este delito es de alta relevancia, pero creemos que ello no permite explicar esta penalidad, especialmente si la comparamos con la del homicidio simple, esto es, presidio mayor en sus grados mínimo a medio (numeral 2° del artículo 391 del *Código Penal*); vale decir, pareciera ser que para el legislador poseería la misma entidad e importancia la afectación del patrimonio del fisco que del bien jurídico vida, aserto que evidentemente no es efectivo, y
 - b. El tipo penal que contempla el inciso tercero del numeral 4° del artículo 97 del *Código Tributario*, fue establecido a través del D.L. N° 3.443, de 1980, que además agregó un numeral octavo al artículo 470 del *Código Penal*, norma que sanciona a los que fraudulentamente obtuvieron del fisco, municipalidades, cajas de previsión o de instituciones centralizadas o descentralizadas, prestaciones improcedentes, como: remuneraciones, bonificaciones, subsidios, pensiones, jubilaciones, asignaciones, devoluciones o imputaciones indebidas.

Ahora bien, la pena más grave en el caso del delito que se agregó al artículo 470 del *Código Punitivo*, por aplicación del artículo 467 del mismo cuerpo legal, es la de presidio menor en su grado medio a máximo. Evidentemente, esta pena en modo alguno resulta ser comparable con la que señala el legislador para las devoluciones indebidas de impuesto. Curiosamente, pareciera que para la ley, posee un mayor disvalor obtener devoluciones indebidas de impuestos, que obtener devoluciones del fisco que tengan otro origen. La verdad, es que esta no parece una razón suficiente, que justifique la disparidad en la sanción en uno y en otro caso.

Uno de los casos más emblemáticos de comisión del delito en estudio es aquel conocido como “Lozapenco”⁴³. En él, con fecha 23 de octubre de 1992, el Ministro en Visita que sustentaba la causa, Domingo Kokisch Mourgues, dictó sentencia, en que resolvió:

“ 20) Que los medios probatorios reseñados en el razonamiento anterior constituyen documentos, declaraciones de testigos, pericias y presunciones que, apreciadas en conformidad a las reglas legales, permiten dar por establecido los siguientes hechos: ‘Lozapenco S.A’. , en los períodos

⁴² UGALDE y GARCÍA (2011), p. 54.

⁴³ *Op. cit.*, p. 52.

que se señalará, registró en su Libro de Ventas computacional diversas facturas, para alguna de las cuales emitió notas de crédito cuyo Impuesto al Valor Agregado rebajó en su declaración de impuestos mensuales, aun cuando aparecen contabilizadas como nulas en el Libro de Ventas”

A su vez, la Sociedad Agrícola y Forestal Penco Ltda., recibió dichas notas de crédito, pero no las registró en su Libro de Compras y, en consecuencia, no rebajó el Impuesto al Valor Agregado que ellas consignaban de su correspondiente crédito fiscal, obteniendo por este concepto una devolución indebida por la Tesorería General de la República, mayor a la que habría tenido derecho, por lo que mediante el referido procedimiento se obtuvo devoluciones improcedentes, por los periodos y sumas que se indican:

“21) Que los hechos descritos en el considerando anterior constituyen infracciones reiteradas, en los términos del artículo 112 del Código Tributario, de la figura penal prevista y sancionada en el inciso 3° del N° 4 del artículo 97 del Código del ramo; 22) Que Feliciano Palma Matus en sus declaraciones indagatorias de fs. 2.080, 2083, 2.087 y 2.105 expone que, en su calidad de representante legal de estas sociedades, en las oportunidades que indica presentó ante la Tesorería declaraciones juradas solicitando la devolución de IVA Exportadores, obteniendo sumas que en parte eran improcedentes por cuanto al Libro de Ventas de Lozapenco S.A. ingresaba notas de crédito con las que rebajaba el débito, no obstante aparecer éstas impresas como ‘nulas’ y a su vez la empresa que impetraba esta devolución no las contabilizaba, aumentando en forma ficticia el crédito fiscal”.

IV. CONCLUSIONES

1. El lavado de dinero o de activos busca ocultar o disimular la naturaleza, origen, ubicación, propiedad o control tanto del dinero como de bienes obtenidos ilegalmente. Podemos señalar este se desarrolla como un proceso, que consta fundamentalmente de tres etapas, denominadas:
 - a) Colocación, inyección o incorporación;
 - b) Decantación, estratificación o apilamiento y
 - c) Blanqueo o reciclaje e integración.
2. En Chile existen el secreto bancario y la reserva bancaria. Dichas instituciones se ven atenuadas en la aplicación al lavado de dinero o de activos, en atención a las facultades que la ley otorga a la Unidad de Análisis Financiero.
3. La ley N° 20.818, de 2015, agregó el delito tributario como delito base del de lavado de dinero o de activos. Lo anterior, impide hacer acopio de jurisprudencia judicial a la presente investigación.

4. En cuanto al delito de lavado de dinero o de activos, no existe acuerdo en torno al bien jurídico protegido por el mismo.
5. En Chile, en el delito de lavado de dinero o activos encontramos un catálogo cerrado de delitos. Ello significa que se respetan las funciones garantizadoras del tipo penal.
6. De la discusión parlamentaria puede extraerse que los parlamentarios, en un principio, pretendían que se legislaran como delito base del de lavado de dinero o de activos, los tres primeros incisos del numeral 4° del artículo 97 del *Código Tributario*. En definitiva, resultando procedente y lógico, solo se estableció como delito base el de obtención indebida de devoluciones de impuesto.
7. El titular de la acción penal tributaria es el director del Servicio de Impuestos Internos. Esta exigencia de procedibilidad se mantiene para el caso de la persecución de un delito tributario por ser base de la comisión de un delito de lavado de dinero o de activos.
8. Este delito tributario no es más que el establecimiento de un delito de estafa agravada. Nace a consecuencia de un decreto ley que, a su vez, tiene como motivación diversos fraudes cometidos en Chile.
9. Se exige la obtención de una devolución indebida de impuestos, por lo tanto, se trata de un delito de resultado, siendo éste un elemento del tipo penal.
10. El legislador utiliza la expresión “El que”, lo que induce a pensar que cualquiera puede cometer el delito. A pesar de ello, existe doctrina que estima que el delito solo puede ser cometido por alguien que ostente la calidad de contribuyente.
11. La pena privativa de libertad señala por el legislador, aparece como desproporcionada si se compara con la sanción establecida para otros delitos, de mayor gravedad, como es el de homicidio.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTAMIRANO CATALÁN, Marco y MUÑOZ BENAVENTE, Felipe (2006): *Derecho Tributario Parte General, Determinación de la Obligación Tributaria* (Santiago, Lexis Nexis).
- ALVARADO URÍZAR, Agustina (2011): *Delitos de Emprendimiento en el Código Tributario* (Santiago, Librotecnia).
- AVILÉS HERNÁNDEZ, Víctor (1998): *Orden público económico y Derecho Penal* (Santiago, ConoSur).
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y BACIGALUPO SAGGESE, Silvana (2010): *Derecho Penal Económico* (Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces S.A.).
- BLANCO CORDERO, Isidoro (2012): *El delito de blanqueo de capitales* (Pamplona, Aranzadi).

- BUBLITZ ORTÍZ, Sandra (2006): "Delito tributario versus lavado de dinero". Disponible en www.gestiopolis.com/delito-tributario-versus-lavado-de-dinero/ [fecha de consulta: 4 de julio de 2016].
- CARDOZO, Horacio y PERA Agustín (2015): "Evasión y lavado de dinero: peligros e inconsistencias". Disponible en www.guiadelcontador.com/detalle.php?a=evasion-y-lavado-de-dinero.peligros-e-inconsistencias&t=58&d=455 [fecha de consulta: 15 de julio de 2016].
- CEA EGAÑA, José Luis (1998): *Tratado de la Constitución de 1980* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- FERMANDOIS VOHRINGER, Arturo (2001): *Derecho Constitucional Económico: garantías económicas, doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile) Tomo I.
- FRANCO, Marccello (2011): "Los delitos tributarios y el lavado de dinero", en *Revista de la Facultad de Derecho Universidad de la República de Uruguay*, N° 30 (enero-junio): pp. 143-151.
- FROMENT, Matías (2015): "El delito de evasión impositiva como precedente del lavado de dinero". Disponible en www.infobae.com/2015/03/14/1715824-el-delito-evasion-impositiva-como-precedente-del-lavado-dinero/ [Fecha de Consulta: 14 de julio 2016].
- MASSONE PARODI, Pedro (2009): *Infracciones tributarias* (Santiago, Legal Publishing).
- MOYANO LOYOLA, Romina (2015): "¿Pueden los ilícitos tributarios ser generadores de activos susceptibles de ser lavados?". Disponible en <https://dpicuatico.com/sitio/wp-content/uploads/2015/12/Penal-Doctrina-2015-12-18.pdf>. [Fecha de consulta: 13 de julio de 2016].
- PALMA HERRERA, José Manuel (2000): *Los delitos de blanqueo de capitales* (Madrid, Edersa).
- POLITOF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia (2003): *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General* (Segunda Edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor (1994): *El Delito de lavado de dinero y su tratamiento bancario en el Perú* (Lima, IDEMSA).
- PRAMBS JULIÁN, Claudio (2005): *Estudio teórico-práctico, El delito de Blanqueo de capitales, en el derecho chileno con referencia al derecho comparado* (Santiago, Lexis Nexis).
- RAGUES VALLES, Ramón (2003): *Lavado de activos y negocio standard. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de lavado, en ¿Libertad económica o fraude punible? Riesgo penalmente relevante e irrelevante en la actividad económica-empresaria* (Madrid, Marcial Pons).
- STREETER PRIETO, Jorge (1985): *El orden público económico*, Materiales de trabajo (Santiago, Departamento de Derecho Económico, Facultad de Derecho, Universidad de Chile).

SZCZARANSKY CERDA, Clara (1995): “Apuntes introductorios a la ley N° 19366, reflexiones sobre el consumo de drogas y pautas de análisis del delito de lavado de dinero”, en *Revista Gaceta Jurídica*, N° 179: p. 15 y ss.

TOSO MILO, Ángela (2008): “Blanqueo de capitales su prevención en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 35 N°3: pp. 405-437.

UGALDE PRIETO, Rodrigo y GARCÍA ESCOBAR, Jaime (2011): *Curso sobre delitos e infracciones tributarias* (Cuarta Edición, Santiago, Legal Publishing).

VALLEJOS CASTRO, Eduardo (1988): *La prueba en el Delito Tributario* (Santiago, Editorial Jurídico-Tributaria S.A.).

Normas

Historia de la Ley N° 20.818. Disponible en www.bcn.cl

Código Tributario.

Ley de Impuesto a la Renta.

Otros

La Unidad de Análisis Financiero (UAF) es un servicio público descentralizado, que se creó mediante la Ley N° 19.913, publicada en el *Diario Oficial* el 18 de diciembre de 2003. Disponible en www.uaf.cl/lavado/

