

INFORME SOBRE ALGUNOS ASPECTOS SUSTANTIVOS Y PROCESALES DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO DEL ART. 12 DE LA LEY 19.366

Preparado para el Ministerio Público por Prof. Dr. Jean Pierre Matus A.
Director Centro de Estudios de Derecho Penal
Campus Santiago de la Universidad de Talca

1. *Sobre el “delito previo o antecedente del delito de lavado de dinero tipificado en el artículo 12 de la ley 19.366 y su prueba, especialmente en relación a la prueba indiciaria. Inexigibilidad de sentencia o pronunciamiento jurisdiccional previo”.*
- 1.1. *Sobre el delito previo o antecedente del delito de lavado de dinero tipificado en el artículo 12 de la ley 19.366.*

La cuestión acerca de la *naturaleza* de la relación entre el delito previo o antecedente en las figuras de lavado de dinero ha girado en la discusión del derecho comparado en torno a dos ideas principales: a) si se trata el lavado de dinero de una figura *accesoria* con relación al delito cuyos beneficios económicos se reintroducen ilícitamente al sistema económico lícito, y por tanto, que indirectamente protege el mismo bien jurídico; y b) si es el delito de lavado de dinero una figura *autónoma*, con un objeto jurídico de protección diferente.

En el primer caso, se concibe el lavado de dinero como formas específicas de *aprovechamiento, favorecimiento, recepción* y, en general, *encubrimiento* del delito principal, en este supuesto, el tráfico ilícito de estupefacientes.

Es evidente que en su origen la regulación internacional del lavado de dinero contemplada en el Art. 1, N° 3 de la Convención de Viena de 1988 (DOF 20.08.1990), de la que es tributario el art. 12 de nuestra ley N° 19.366¹, parecía concebir de esta forma el delito, al

¹ Sobre la relación entre las Convención de Viena de 1988 y nuestra ley N° 19.366, Cfr.: “El tráfico ilícito de estupefacientes en sentido amplio, como figura básica de la ley N° 19.366”, en Politoff/Matus (eds.): **Tratamiento penal del tráfico ilícito de estupefacientes, estudios de dogmática y jurisprudencia**, Santiago 1998, p. 111.

vincularlo a una especial forma de criminalidad organizada: la que lo hacía con relación a las ganancias provenientes del tráfico ilícito de estupefacientes². Y así lo establece claramente el *Preámbulo* de la Convención, donde se señala que las Partes suscriptoras están “*conscientes* de que el tráfico ilícito genera considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad a todos sus niveles” y “*decididas* a privar a las personas dedicadas al tráfico ilícito del producto de sus actividades delictivas y eliminar así su principal incentivo para tal actividad”³.

No obstante, la evolución posterior del Derecho Internacional⁴ y de las legislaciones nacionales, incluyendo la nuestra a partir de la vigencia de la Ley N° 19.913 (DOF 10.10.2003), ha tendido a ampliar la base del delito de lavado de dinero, remitiéndolo en general a todo blanqueo de ganancias provenientes de lo que, en general, podemos llamar “criminalidad organizada”⁵.

² Art. 3º, N°1, inc. b): “Cada una de las partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometen intencionalmente:

...i) La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el Inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones;

ii) La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los tipificados de conformidad con el Inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos”.

Con todo, la decisión al respecto ya había sido antes anunciada por las Resoluciones 39/141 y 39/142 de la Naciones Unidas, como puede verse en José Luis Díez Ripollés: “La política sobre drogas en España, a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente”, en ADPCP XL, fasc. II (1987), pp. 348ss.

³ Documento E/CONF.82.15, aprobada en la Conferencia de las Naciones Unidas para la Aprobación de una Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas. Acta final de 19 de diciembre de 1988.

Sin embargo, como señala Sergio Politoff: “El lavado de dinero”, en Politoff/Matus (eds.): **Lavado de dinero y tráfico ilícito de estupefacientes**, Santiago 1999, p. 6, parece más o menos obvio que, aunque “la finalidad a que apuntan los preceptos respectivos de la Convención de Viena es, esencialmente, la de promover la creación en los países, a través de los órganos legislativos correspondientes, de un drástico instrumento de control social para aislar el dinero sucio procedente de la droga, cerrándole el camino para su aprovechamiento por la criminalidad organizada en los sectores legales de la economía”, “el “lavado de dinero” procedente de la actividad de la gran criminalidad no es exclusivo del que procede del tráfico de drogas”.

⁴ Cfr. Eduardo A. Fabián Caparrós: **El delito de blanqueo de capitales**, Madrid 1998, pp. 201ss.o

⁵ Significativo es al respecto que las últimas modificaciones introducidas al §261 StGB, donde se incluye un amplio catálogo de delitos cuyas ganancias pueden “lavarse”, lo hayan sido en el marco de la denominada Ley para el perfeccionamiento del Combate de la Criminalidad Organizada, como puede verse en Héctor Hernández B.: “La represión de la criminalidad organizada en la República Federal de Alemania”, en Politoff/Matus (eds.): **Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes**, Santiago 1999, pp. 145ss.

Así, se ha vuelto dominante la idea de que en este delito no se protegerían directamente los bienes jurídicos de los delitos previos, sino principalmente el “orden socioeconómico”⁶. Y enfatizando la existencia de un *plus* en el lavado de dinero que se refleja en el distinto bien jurídico protegido, buena parte de los monografistas en la materia ven en este delito una figura *autónoma*, que no consistiría en una específica forma de encubrimiento o receptación, sino en “algo más”: “la incorporación de los capitales ilícitamente obtenidos a los círculos económicos legales”⁷. Esta idea parece darle un sentido a la introducción de las figuras de lavado de dinero en la legislación comparada y nacional, que va más allá de la simple “insatisfacción” del legislador por las deficiencias de las figuras tradicionales de encubrimiento (particularmente, por no poderse castigar a ese título la “receptación sustitutiva”⁸, forma por antonomasia de lavado⁹). Sin embargo, desde otra perspectiva, puede verse también este *plus* como un atentado a la *administración de la justicia*, que simplemente mejora la protección que a ésta le brindan las tradicionales figuras de *encubrimiento*, “tanto en lo que se refiere al buen éxito de las pesquisas para establecer la existencia del delito de donde proceden los bienes “blanqueados”, como en lo que respecta a las posibilidades de embargo de tales bienes durante el procedimiento y de su ulterior comiso”¹⁰.

Sin embargo, la ampliación de los delitos previos cuyas ganancias puedan ser objeto del de lavado de dinero, no impide que la discusión sobre la naturaleza del delito siga vinculada a la existencia de un delito previo. Así, en España, donde esta ampliación se produjo con la promulgación del Código de 1995, que incorporó la figura en su art. 301, bajo el Título “de la receptación y otras figuras afines”, y a pesar de que la opinión dominante respecto al bien jurídico que protegería esta figura parece decantarse por uno de carácter colectivo, todavía puede leerse en un reciente y reconocido Comentario que “es patente que en este artículo se

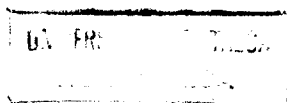
⁶ Esta es la tesis dominante en España, como puede verse en Isidoro Blanco Cordero: **El delito de blanqueo de capitales**, Pamplona 1997, p.185ss.

⁷ Carlos Aránguiz Sánchez: **El delito de blanqueo de capitales**, Madrid 2000, p. 35. En similar sentido, Cfr. Caparrós, op. cit., pp. 260ss.

⁸ Desde este punto de vista, significativo es el reclamo doctrinal en Alemania, donde según Tröndle, Herbert: **Strafgesetzbuch und Nebengesetze**, 48ª edición, München, 1997, §261, p. 1335, con las anteriores disposiciones del Código Penal sobre favorecimiento y receptación “no se conseguía nada efectivo en contra del lavado de dinero” (Cfr., en el mismo sentido, Schönke, Adolf/Schröder, Horst: **Strafgesetzbuch. Kommentar**. 25ª de., München, 1997, §261, 1., p. 1819), ya que en los delitos de los §§257ss no cabía el castigo de quien disfrutaba del gasto en su propio provecho del dinero obtenido por otro de la venta de una especie robada, pues sólo respecto de quien compró o vendió esa especie robada podía decirse que *mantiene* la situación patrimonial ilícita derivada del robo, según el ejemplo clásico citado por Welzel, Hans: **Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung**. 9ª edición, Berlín, 1965, p. 359.

⁹ Tanto que es conocida internacionalmente por su nombre en inglés, precisamente: *money laundering* (Blanco, op. cit., p. 61)

¹⁰ Politoff, op. cit., p. 46.



reúnen comportamientos que, *de no existir el presente artículo [301 CpE]* irían a parar a la *receptación* o a las modalidades de *encubrimiento personal*¹¹. También en Alemania la legislación contempla el lavado de dinero junto a las formas de *receptación*, al punto que algunos textos de estudio así lo tratan¹². Como ha demostrado Politoff, la situación legal no es diferente en Holanda e Italia¹³.

Por otra parte, aun los monografistas defensores de una completa autonomía del lavado de dinero frente a los delitos previos deben conceder, que al menos en su estructura típica, el delito de lavado supone la comisión previa de alguno de los señalados taxativamente en los tipos penales correspondientes¹⁴.

De allí que, aunque permanezca relativamente abierta la discusión sobre la autonomía del delito de lavado de dinero, lo cierto es que si ello es así sólo lo será en cuanto al bien jurídico protegido, pero no en su estructura típica, que depende necesariamente de la comisión de un delito previo (y por ende, acreditación de la misma en el proceso), reducido a los de tráfico ilícito de estupefacientes en la Ley N° 19.366 y en las primeras legislaciones europeas, ampliado a otras figuras propias de la criminalidad organizada, en la actual formulación dominante del derecho comparado y del art. 19 de nuestra ley N° 19.913.

1.2. *Sobre “la prueba del delito previo o antecedente del delito de lavado de dinero tipificado en el artículo 12 de la ley 19.366, especialmente en relación a la prueba indiciaria. Inexigibilidad de sentencia o pronunciamiento jurisdiccional previo”*

1.2.1. *Necesidad y alcance de la prueba del delito previo*

En el delito del art. 12 de la Ley N° 19.366, el delito previo de tráfico ilícito de estupefacientes o de lavado de dinero es un presupuesto material de la acción punible, esto es, un elemento del tipo penal que se construye tanto objetivamente (como un hecho que debe acreditarse) como subjetivamente (como el necesario conocimiento que ha de tener el autor

¹¹ Gonzalo Quintero Olivares: “Comentario al art. 301”, en *del mismo* (Dir.): **Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal**, 2ª ed., Pamplona 1999. Por su parte, Alfonso Serrano Gómez, **Derecho penal, parte especial**, 4ª ed., Madrid 1999, señala sin más que el problema de esta figura no tiene que ver con su autonomía, sino con que ella “crea un gran confusionismo entre delitos propios de receptación y otros que encajarían en el encubrimiento”.

¹² Cfr., por todos, Rudolf Rengier: **Strafrecht, Besonderer Teil I, Vermögensdelikte**, 3ª ed., München 1999, pp. 270ss.

¹³ Politoff, op. cit., pp. 16ss.

¹⁴ Así, Blanco, op. cit., pp. 221ss, Caparrós, op. cit., pp. 292ss, 384ss, 418ss; Aránguez, op. cit., pp. 185ss.

del lavado de que los bienes involucrados provienen de ese hecho ilícito)¹⁵.

En consecuencia, tanto la existencia de un delito previo de tráfico ilícito de estupefacientes o de lavado de dinero origen de los bienes objeto del lavado, como el conocimiento de dicho origen son el objeto de prueba, en sede procesal, de este elemento del tipo.

En cuanto al delito previo como presupuesto material objetivo, desde el punto de vista de su calificación jurídica, nuestra ley se refiere a cualquier hecho constitutivo de “alguno de los delitos contemplados en esta ley (Nº 19.366)”, lo que incluye tanto la punibilidad de un lavado de dinero *sustitutivo* o *en cadena* (proveniente de otro delito de lavado de dinero)¹⁶, del lavado de dinero de un delito *tentado* (y aún de la conspiración para cometerlo y de las figuras especiales de asociación ilícita –arts. 24 y 22, respectivamente–, si eventualmente se generasen ya en ese momento ganancias)¹⁷, y del lavado de dinero proveniente de la actividad de otros partícipes y responsables no autores de alguno de los delitos mencionados¹⁸.

La cuestión más debatida es, sin embargo, el alcance de esta referencia legal, esto es, si ello supone acreditar la existencia de un *delito* punible autónomamente o de *algo menos*, esto es, el tradicional problema de la *accesoriedad*. Entre nosotros, parece que los términos legales no dejan lugar a la discusión que se presenta en el derecho comparado¹⁹, pues la ley se refiere precisamente a *hechos constitutivos de delitos*, no exigiendo el que dichos hechos hayan sido sancionados ni que se encuentren determinadas las personas de sus responsables. Por lo tanto, a su respecto se aplica la misma regla de *accesoriedad limitada* que nuestra doctrina y jurisprudencia aceptan mayoritariamente respecto de las formas tradicionales de encubrimiento, esto es, que para la punibilidad del lavado de dinero sólo es necesario que *un* autor (que en este caso puede ser indeterminado, al contrario de lo que parece dar a entender el art. 17 respecto de ciertas formas de encubrimiento tradicionales) haya “ejecutado una

¹⁵ Politoff, op. cit., p. 64. Esta es la doctrina mayoritaria en el derecho comparado, aunque hay voces que abogan por estimarlo únicamente una *condición objetiva de punibilidad*, no precisada, por lo mismo, de una vinculación psicológica con el autor del delito de lavado, como lo sostiene un sector minoritario de la doctrina en alemán, a partir de la obra de Bockelmann, *Über das Verhältnis der Begünstigung zur Vortat*, en NJW 1951, pp. 620ss, con relación a la figura genérica de encubrimiento (para los detalles de la discusión, Cfr. Blanco, op. cit., pp. 22ss). Sobre las *condiciones objetivas de punibilidad*, cfr. Politoff/Matus/Ramírez, **Lecciones de Derecho penal chileno, parte general**, Santiago 2004, p. 209.

¹⁶ Politoff, op. cit., p. 67.

¹⁷ Blanco, op. cit., p. 242s, quien sólo excluye los casos de actos preparatorios *impunes*, distintos a los mencionados en el texto.

¹⁸ Esta versatilidad de la figura refuerza su conveniencia político-criminal, si se compara con las limitaciones de las formas de encubrimiento del art. 17, como se señala en Politoff/Matus/Ramírez, op. cit., p. 434.

¹⁹ Cfr., por todos, Aránguez, op. cit., p. 198.

acción típica y al menos antijurídica, aunque no necesariamente culpable”²⁰.

Y por lo que respecta al conocimiento del origen ilícito de los bienes objeto del lavado, como “presupuesta situación psicológica” en este delito²¹, correlato del necesario dolo que ha de acompañar a la existencia de tal origen como presupuesto material²², lo que ha de probarse es el conocimiento que tiene el autor del lavado de ese origen, esto es, de que se cometieron alguno de los hechos constitutivos de un delito de tráfico ilícito o de lavado de dinero y de que de tales hechos provienen los bienes que actualmente se encuentran a su disposición.

La importancia de este elemento subjetivo respecto de conductas que bien pueden catalogarse de “neutrales” en su ausencia –por no ser en sí mismas “reveladoras de un comportamiento antijurídico”²³–, fue debidamente destacada en la discusión parlamentaria, donde se hizo constar, durante la discusión en el Senado, que “el elemento fundamental del tipo es el conocimiento que tiene una persona de estar interviniendo en la conducta del lavado de dinero, es decir, que está invirtiendo o utilizando los beneficios originados por el tráfico de drogas”²⁴. Pero nuestra ley no se contenta con la exigencia genérica del conocimiento del origen ilícito de los bienes de que se trata, sino que exige, además, que el delito de lavado se cometa “a sabiendas”, esto es, según el Diccionario, “de un modo cierto, a ciencia segura”; expresión que nosotros consideramos equivalente a un *dolo directo*²⁵ que excluye una incriminación a título puramente eventual²⁶ o culposo²⁷.

²⁰ Politoff/Matus/Ramírez, op. cit., p. 148s. La solución no es diferente en Europa, cfr., por todos, Schöнке, Adolf/Schröder, Horst: *Strafgesetzbuch. Kommentar*. 25ª de., München, 1997, §261/9, p. 1821.

²¹ Politoff, op. cit., p. 73.

²² Como destaca Caparrós, op. cit., pp. 325 y 392ss, es en este punto donde la diferencia entre considerar este delito previo una condición objetiva o un elemento del tipo se muestra como relevante: en el primer caso, esta exigencia volitiva es innecesaria.

²³ Politoff, op. cit., p.

²⁴ Cf. Mario Verdugo Marinkovic et al: *Leyes Anotadas y Concordadas, N° 11. Ley 19.366 (Diario Oficial N° 35.080, del 30/1/1995) y Reglamento (Diario Oficial N° 35.376, del 26/1/1996) que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, Santiago, 1996, p. 27.

²⁵ Cfr. Politoff/Matus/Ramírez, *Lecciones*, cit., p. 279s. Específicamente respecto del delito de lavado, en el mismo sentido se pronuncia Hernán Silva Silva, “El delito de lavado de dinero proveniente del tráfico ilegal de drogas como un delito internacional” en *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, enero- junio 1996, pp. 141-177 (147).

²⁶ Aunque en España se afirma por la doctrina mayoritaria que “poco sentido tendría excluir el dolo eventual cuando la imprudencia grave está expresamente prevista por el legislador” (Aránguez, op. cit., p. 276), no es menos cierto que aun en tales casos puede el dolo eventual asimilarse a la imprudencia grave y no necesariamente al dolo directo, como se desprende de lo sostenido por Serrano, op. cit., p. 503, para quien “la conducta será impune si el sujeto simplemente sospecha, tiene dudas”.

²⁷ Forma que el § 261 (V) StGB reconoce explícitamente y que ha llevado a un destacado autor a afirmar que en

No obstante, es obvio que, atendida la naturaleza altamente normativa del objeto del dolo en este caso, resulta imposible exigir un conocimiento acabado del hecho previo y de su calificación jurídica en la ley o del origen de los bienes objeto del delito, “bastando, para que exista dolo, que el “conocimiento profano” del hechor abarque la noción de que los bienes proceden de alguna fase del *ciclo de la droga*”²⁸, teniendo en cuenta que “es excesivo exigir un conocimiento cabal y preciso, puesto que sólo en situaciones de gran proximidad a los hechos será posible una información exacta”²⁹. Y, naturalmente, este conocimiento debe existir al momento de realizar las acciones de lavado (usar, aprovechar, etc.), de modo que si el sujeto se entera de tal origen con posterioridad a ellas, el dolo debiera considerarse *subsequens* y, por ende, su conducta sería impune³⁰.

1.2.2. Inexigibilidad de sentencia o pronunciamiento jurisdiccional previo.

La cuestión que ahora analizamos concierne no a un problema material, como en los dos apartados anteriores, sino a aspectos puramente procesales, vinculados no al <<qué se debe probar>>, sino al <<cómo probarlo>>. Por lo mismo, la respuesta general en este punto vale para las siguientes cuestiones consultadas, sin perjuicio de las especificidades de cada una de ellas.

Una somera revisión somera del sistema probatorio del Código Procesal Penal entrega respuesta directa a esta interrogante y a todas las restantes relacionadas con la forma de probar. En efecto, establecidos en la acusación respectiva “los hechos y circunstancias” a probar por el Ministerio Público en un caso de lavado de dinero, a saber, i) la existencia de un delito previo contemplado en la ley 19.366; ii) del cual provienen los bienes objeto del lavado; iii) el conocimiento por parte del acusado de ese origen ilícito; y iv) y que tales bienes se usaron por el acusado en alguna de las formas señaladas por la ley, dispone el artículo 295 CPP 2000 que ellos “*podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley*”, sistema que el propio texto legal califica de “libertad de prueba”, y que según algunos de sus comentaristas significa “que cualquier medio idóneo es prueba y cualquier hecho puede ser probado por cualquier medio”³¹.

Luego, si la existencia del delito previo (en realidad, de un hecho típico y antijurídico

este delito la pena se determina “según la *forma y extensión de la culpabilidad*” (Tröndle, op. cit. § 261, p. 1341).

²⁸ Politoff, op. cit., p. 75s. En el mismo sentido, Schönke/Schröder/Stree, op. cit. loc.cit., 18, p. 1824.

²⁹ Quintero, op. cit., p. 741.

³⁰ Politoff/Matus/Ramírez, op. cit., p. 258s.

³¹ Cerda/Hermosilla, *El Código Procesal Penal*, Santiago 2003, p. 290.

constitutivo de un delito de la Ley N° 19.366, según vimos *supra* 1.2.1.) es un elemento del tipo penal del delito de lavado de dinero del art. 12 de la Ley N° 19.366, su prueba se sujeta, en el nuevo Código Procesal Penal, al mismo régimen de libertad probatoria que el resto de los elementos del delito de lavado, no existiendo a su respecto ninguna prohibición de prueba específica, diferente de las que el propio Código procesal establece (pruebas obtenidas con infracción de derechos, etc.³²), y mucho menos, ningún medio predeterminado de prueba como existían para ciertos delitos en el anterior sistema procesal penal³³.

Por lo tanto, no resulta exigible en modo alguno la existencia de una sentencia por el delito previo para condenar por lavado de dinero a un acusado respecto del cual la existencia de ese delito previo y su conocimiento ha sido legítimamente probada en el juicio oral.

Es más, a similar conclusión se llegaba entre nosotros incluso desde la perspectiva del sistema del Código de Procedimiento Penal de 1906. Así, sostenía Politoff que, “*no es preciso que se haya establecido por sentencia ejecutoriada la existencia del delito anterior que le sirve de presupuesto ... ya que, de otro modo, si la entera pesquisa del delito de “lavado de dinero” estuviera subordinada a la sentencia ejecutoriada en el proceso por el delito anterior presupuesto de éste (particularmente si se trata de una sentencia extranjera), la disposición que nos ocupa se haría en buena parte ilusoria*”³⁴. Importante es destacar, además, que bajo sistemas procesales disímiles, la misma solución se afirma en la doctrina alemana³⁵ y española³⁶.

1.2.3. Prueba indiciaria del delito previo.

Naturalmente, el método “más sencillo”³⁷ para probar la existencia de un delito previo es la lectura de una sentencia firme que así lo establezca. A falta de dicha prueba, debe, como ya dijimos, recurrirse a las reglas generales.

³² Jean Pierre Matus A.: “Apuntes sobre la prueba en el Nuevo Proceso Penal”, en *La Semana Jurídica* N° 9 (2001), p. 5.

³³ Sobre las formas determinadas de probar ciertos delitos en el CPP 1906, Cfr. Osvaldo López L., **Derecho Procesal penal chileno**, T. I, Santiago 1969, pp. 183ss.

³⁴ Politoff, **Lavado**, cit., p. 72. Al argumento expuesto *supra*, agrega Politoff que “cuando la ley ha querido que conste al juez la terminación del juicio en que se haya establecido un hecho delictivo precedente, que sirve de presupuesto al delito llamado a juzgar, lo ha dicho expresamente, como acontece con las calumnias e injurias causadas en juicio, caso en el cual “no podrá entablarse la acción sino *después de terminado el litigio* en que se causó la calumnia o injuria” (art. 426 CP)”.

³⁵ Harald Körner/ Eberhard Dach, **Geldwäsche. Ein Leitfadens zum geltenden Recht**, München 1994, p. 17.

³⁶ Aránguez, op. cit., p. 200.

³⁷ Blanco, op. cit. p. 252.

Por tanto, la cuestión que aquí se plantea es si las reglas generales de prueba del Código Procesal Penal admiten la llamada “prueba indiciaria”.

La respuesta a esta cuestión es afirmativa y ni siquiera es debatible para Chahuán³⁸, quien sin más asimila la prueba indiciaria a las “presunciones” [judiciales]. Por su parte, Baytelman también acepta la existencia general de esta clase de prueba en el nuevo sistema, entendiéndola como consustancial al sistema aunque no esté contenida expresamente en la ley³⁹. Menos posibilidades de discusión existían todavía en el sistema del Código de Procedimiento Penal de 1906, el cual regulaba taxativamente la forma y condiciones en que el juez podía, a partir de hechos conocidos y probados “directamente”, inferir o *presumir* la existencia de hechos desconocidos o no probados con los medios de prueba legales⁴⁰.

Con todo, vale la pena destacar que aun bajo el Código de 1906, la doctrina más autorizada estaba conteste en que, “en un sentido lógico la *presunción judicial* no es propiamente un medio de prueba, sino una *inferencia*, pues partiendo de un antecedente o circunstancia conocida, que recibe el nombre de *indicio*, llega el juez a elaborar mentalmente una conclusión, *empleando su propia experiencia*; en cuanto cierto resultado se ha producido antes, ahora, en condiciones semejantes, probablemente habrá también de producirse”⁴¹. Por lo mismo, no es casualidad que una obra sobre el Código Procesal Penal defina lo que ha de entenderse por las *máximas de la experiencia* a que hace referencia la regla de valoración de la prueba del art. 297 CPP 2000, de manera muy similar: “*juicios hipotéticos* desligados de los hechos concretos que se juzgan que proceden de la *experiencia*, pero son independientes de los casos particulares de cuya observación se han *inducido* y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”⁴².

Por tanto, dado que el hecho de la existencia de pruebas “directas” e “indirectas” o indiciarias parece desprenderse de una suerte de necesidad lógica de todo sistema procesal, no es casualidad que a semejantes conclusiones se llegue también en el sistema americano, donde según la interpretación que la Corte Suprema de los Estados Unidos ha hecho de la 26ª Regla de Procedimiento Criminal Federal, si se contraponen la prueba testimonial “directa” con una

³⁸ Sabas Chahuán, **Manual del Nuevo Procedimiento Penal**, Santiago 2001, p. 300.

³⁹ Andrés Baytelman, “La fundamentación de la sentencia penal en el juicio oral”, en AAVV, **Nuevo Proceso Penal**, Santiago 2000, p. 288.

⁴⁰ López, op. cit., t. II, p. 79.

⁴¹ Enrique Paillás, **Derecho procesal penal**, t. II, Santiago 1986, p. 122. Los subrayados son míos (JPM). Idénticas afirmaciones pueden verse en René Jorquera L / Paola herra F., **Curso de Derecho Procesal Penal Chileno**, Santiago 1993, p. 499.

⁴² Cerda/Hermosilla, op. cit., p. 291.

“prueba circunstancial” –“aquella que permite establecer un hecho sólo a través de la inferencia basada en la experiencia humana de que ciertas circunstancias se presentan normalmente cuando otra u otras determinadas circunstancias también están presentes”⁴³–, ambas “no son intrínsecamente diferentes”, puesto que en respecto a las dos “el jurado está llamado a sopesar el valor de la prueba para establecer si conduce a acreditar la culpabilidad o inocencia del acusado, o a una inferencia ambigua”, y para eso “debe usar su propia experiencia en relación a las personas y los hechos para valorar las probabilidades”⁴⁴. De allí que la doctrina afirme que, a pesar de que el público no letrado “tenga sospechas acerca de su valor, los tribunales han rechazado la idea de que la prueba circunstancial tenga uno menor que la prueba directa”⁴⁵. Es más, las únicas limitaciones existentes al respecto provienen de las Reglas Federales de Prueba, tienen que ver con su *pertinencia* y no con su valor probatorio⁴⁶. Y en el Estado Libre Asociado de Puerto Rico, la Regla de Evidencia 10(H) establece claramente el igual valor de ambas clases de pruebas: “cualquier hecho o controversia es susceptible de ser demostrado mediante evidencia directa o mediante evidencia indirecta o circunstancial”, siendo aquí también la regla de *pertinencia* o *relevancia* su principal (y no muy fuerte) limitación⁴⁷.

Con todo, ante la posibilidad de probar por vía indiciaria la existencia del hecho previo siempre se ha de tener en cuenta la sana advertencia de Politoff, en el sentido de que “admitir que no es indispensable que la existencia del *delito presupuesto* conste de una sentencia firme y que sea suficiente que en el expediente aparezca comprobada la existencia de un hecho subsumible en un tipo legal de la Ley 16.833, no significa que basten simples sospechas del origen ilícito de esos bienes, ni sería admisible una incriminación basada en un presupuesto genérico de “narcotráfico”, cuando no sea posible establecer con precisión, de entre los tipos delictivos previstos en la referida ley, de qué clase de delito se trata”⁴⁸.

2. *Procedencia y alcance de la prueba indiciaria en relación al dolo en dicho tipo penal.*

Como se señaló en el punto 1.1., lo que ha de probarse como dolo en el delito de lavado de dinero es el conocimiento que tiene el autor del lavado de que se cometieron algunos de los

⁴³ Radomsky v. U.S., C.A. 9th, 1950, 180 F.2d 643, 645.

⁴⁴ Holland v. U.S., 1954, 75 S. Ct. 127, 137-138.

⁴⁵ Charles A. Wright, **Federal Practice and Procedure: Criminal** 3d, St. Paul 2000, § 411, p. 88.

⁴⁶ Con todo, no parecen ser las Reglas Federales de Prueba 401 a 403 (*relevant evidence*) muy exigentes al respecto, como lo señalan Park/Leonard/Goldberg, **Evidence Law**, St. Paul 1998, p. 124.

⁴⁷ Ernesto Chiesa A., **Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y los Estados Unidos**, vol. III, Bogotá 1995, p. 368.

⁴⁸ Politoff, op. cit., p. 72.

hechos constitutivos de un delito de tráfico ilícito o de lavado de dinero y de que de tales hechos provienen los bienes que actualmente se encuentran a su disposición.

Ahora bien, respecto de la cuestión de si para probar el dolo en este caso basta la prueba indiciaria, la respuesta –a falta de confesión del acusado–, y conforme a lo expresado en los apartados anteriores, no puede ser otra que la afirmativa. Es más, en tales casos, no sólo es suficiente la prueba indiciaria, sino que seguramente será la única disponible, tal como se refleja en la práctica del Sistema Federal de los Estados Unidos donde se ha demostrado que la prueba indiciaria o circunstancial de la “intención criminal o de otros aspectos que tienen que ver con el estado mental”⁴⁹ del acusado, resulta “indispensable”⁵⁰. Así se ha declarado por los tribunales superiores de los Estados Unidos que “la intención es un elemento del delito que puede ser inferido de los hechos objetivos y la conducta del acusado”⁵¹; y que “el estado mental de un hombre puede ser inferido de las cosas que él dice o hace”⁵².

3. *Alcance de la disposición del inciso 2° del art. 16 de la ley 19.366 (luego de su modificación por la ley 19.806). Incorporación a la investigación, legitimidad y valoración de antecedentes y evidencia recogidas por el Ministerio Público en el extranjero en virtud de dicha norma.*

La disposición citada, que permite al Ministerio Público “efectuar indagaciones y actuaciones en el extranjero”, no hace más que dar un paso adelante en la idea ya esbozada en la primera discusión de la Ley 19.3666 en la Cámara de Diputados, de ofrecer y obtener, en estas materias, “la más amplia colaboración internacional”⁵³, principal supuesto en que la norma en comento tendrá sentido⁵⁴.

Desde este punto de vista, la norma en cuestión aparece únicamente como una norma de *competencia*, cuya función es otorgar ciertas facultades sobre el personal diplomático y proveer de *legitimidad a las actuaciones realizadas por el Ministerio Público en el extranjero*, de la cual carecía hasta el momento de su incorporación al sistema normativo nacional, pues

⁴⁹ En el sentido de motivaciones, creencias o conocimientos especiales del acusado.

⁵⁰ Wright, op. cit., §411, p. 90.

⁵¹ Gallion v. U.S., C.A.9th, 1967, 386 F. 2d 255.

⁵² American Communications Assn. v. Douds, 1950, 70 S. Ct. 674, 690, 339 U.S. 382, 411.

⁵³ Cf. Verdugo Marinkovoc *et al*, Op.cit. p. 27

⁵⁴ El acelerado tránsito hacia un sistema *desjudicializado* de cooperación internacional que se refleja en esta disposición también se encuentra explicado en Politoff/Matus/Ramírez, *Lecciones*, cit., pp. 141ss, desde el punto de vista de la legislación interna.

el inciso final del art. 40 de la Ley N° 19.640 limitaba dicha legitimidad a las actuaciones y diligencias de los fiscales adjuntos realizadas en “todo el territorio nacional”.

Sin embargo, puesto que la disposición de este inc. 2° del art. 16 de la Ley N° 19.366 no establece otra regla que altere las generales del Código (como las que se establecen los siguientes incisos de dicho artículo), la *incorporación a la investigación*, y la *valoración de antecedentes y evidencia recogidas por el Ministerio Público en el extranjero en virtud de dicha norma* se siguen rigiendo por las normas generales relativas a la forma de generar y registrar la investigación⁵⁵ y a la presentación de la prueba en el juicio oral, puesto que, una vez más, cabe repetir que conforme al sistema de libre admisión de prueba que nos rige, si en su obtención no se han violado garantías o derechos procesales que fundamenten su exclusión en la etapa procesal correspondiente, no existen su presentación y valoración otras limitaciones que las derivadas del resguardo del principio de contradicción (básicamente, la prohibición de lecturas de registros de la investigación del art. 334, con las excepciones de los arts. 331 y 332)⁵⁶.

⁵⁵ Cfr., por todos, Chahuán, op. cit., pp. 171ss.

⁵⁶ Matus, *Prueba*, cit., con algo más de detalle sobre algunos otros aspectos generales del sistema probatorio.