



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE POSTGRADO
MAGÍSTER EN DERECHO CON
Y SIN MENCIONES

INVERSIÓN EXTRANJERA Y PERSECUCIÓN PENAL DEL LAVADO DE ACTIVOS EN CHILE
FRENTE AL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES

ACTIVIDAD FORMATIVA EQUIVALENTE A TESIS
PARA OPTAR AL GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO ECONÓMICO

FELIPE ALEJANDRO DÍAZ ACUÑA

PROFESOR GUÍA: EDUARDO PICAND ALBÓNICO

MIEMBROS DE LA COMISIÓN

PROF. JOAQUÍN MORALES GODOY

PROF. RODRIGO RÍOS ÁLVAREZ

SANTIAGO DE CHILE, ENERO DE 2016

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE POSTGRADO
MAGÍSTER EN DERECHO CON Y SIN MENCIONES

INVERSIÓN EXTRANJERA Y PERSECUCIÓN PENAL DEL LAVADO DE ACTIVOS EN CHILE
FRENTE AL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES

FELIPE ALEJANDRO DÍAZ ACUÑA

PROFESOR GUÍA: EDUARDO PICAND ALBÓNICO. CALIFICADA CON DISTINCIÓN MÁXIMA.

MIEMBROS DE LA COMISIÓN

PROF. JOAQUÍN MORALES GODOY

PROF. RODRIGO RÍOS ÁLVAREZ

SANTIAGO DE CHILE, ENERO DE 2016

AGRADECIMIENTOS

Esta investigación se sirvió de los valiosos aportes, especialmente en materia de jurisprudencia pertinente, de los profesores BERNARDO CREMADES (España), FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO (México) y DANIEL R. MEAGHER (Reino Unido), quienes en forma desinteresada, oportuna y entusiasta, respondieron los requerimientos formulados por el autor vía correo electrónico, evidenciando que la colaboración académica no tiene fronteras, y que las investigaciones en ciencias jurídicas, que bien son fruto de un trabajo individual, sólo son posibles gracias al esfuerzo mancomunado de la sociedad del conocimiento y de la buena voluntad de quienes la integran.

RESUMEN

El presente trabajo analiza la incorporación de capitales que provienen de la comisión de delitos base de Lavado de Activos en la economía local, mediante mecanismos legales de inversión extranjera, y que se someten al régimen de protección del arbitraje internacional. Los referidos capitales pueden ser objeto de persecución penal por parte de los órganos nacionales con competencia en materia penal cuando exista evidencia de su origen ilícito, y el inversionista, sea persona natural o jurídica, puede interponer demandas ante los tribunales del CIADI para que el órgano arbitral se pronuncie acerca de las medidas adoptadas por el Estado anfitrión. Esta investigación indaga en las facultades que tiene los árbitros precisamente para analizar y en su caso ponderar el ejercicio de la acción penal pública por parte de las autoridades nacionales, cómo ello puede interferir en una inversión y qué efecto puede tener en el arbitraje.

Palabras clave: inversión extranjera, lavado de activos, corrupción, arbitraje de inversiones, persecución penal.

This paper analyzes the incorporation of capital arising from the commission of money laundering crimes based on the local economy, through legal mechanisms of foreign investment, and undergoing the system of protection of international arbitration. The referred capital may be subject to prosecution by national bodies with jurisdiction in criminal matters where there is evidence of illicit origin, and the investor, whether natural or legal person, may lodge complaints before ICSID tribunals for the body Arbitration to rule on measures taken by the host state. This research investigates the faculties arbitrators, precisely to analyze and weigh the appropriate exercise of public prosecution by national authorities, how it can interfere with an investment and what effect it could have on the arbitration.

Keywords: foreign investment, money laundering, corruption, investment arbitration, criminal prosecution.

ÍNDICE

		PÁGINA
INTRODUCCIÓN	1.- Objeto de la presente investigación	7
	2.- Inversión Extranjera en Chile	9
	3.- Delito de Lavado de Activos	12
	4.- Planteamiento del problema de investigación	15
	5.- Respuestas probables	17
	6.- Metodología utilizada	18
CAPÍTULO PRIMERO	INVERSIÓN EXTRANJERA EN CHILE	20
	1.1.- Aspectos generales	20
	1.2.- Normativa vigente en Chile	23
	1.3.- Breve mención a la protección internacional de la inversión extranjera	25
	CAPÍTULO SEGUNDO	EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS EN CHILE
	2.1.- Aspectos generales	27
	2.2.- Normativa vigente en Chile	29
CAPÍTULO TERCERO	PERSECUCIÓN PENAL DEL LAVADO DE ACTIVOS	35
	3.1.- Órganos públicos que intervienen en el análisis, la investigación y el juzgamiento del Lavado de Activos. Accionistas y Sociedades	35
	3.2.- Agotamiento de medios locales	38
	3.3.- Investigación preparatoria	40
	3.4.- Investigación formalizada	41
	3.5.- Medidas intrusivas de investigación	42
	3.6.- Cautelares reales	45
	3.7.- Cautelares personales	50
	3.8.- Secreto en las investigaciones	51

	3.9.- Delito previo o base	52
	3.10.- Penas accesorias	55
	3.11.- Error judicial	58
	3.12.- Cooperación internacional	59
	3.13.- Tercerías e intervención del Consejo de Defensa del Estado de Chile, del CIADI y de otros Estados	63
	3.14.- Responsabilidad penal de las personas Jurídicas	67
CAPÍTULO CUARTO	ARBITRAJE INTERNACIONAL EN MATERIA DE INVERSIONES	73
	4.1.- Introducción	73
	4.2.- Jurisdicción del CIADI	74
	4.3.- Expropiación Indirecta	84
	4.4.- Facultades de los Árbitros ante conductas delictivas	89
	4.4.1.- Doctrinas que aceptan la facultad de los árbitros para analizar la eventual comisión de conductas criminales de una o ambas partes.	90
	4.4.2.- Doctrinas que no toman en consideración las intensiones de los Estados al desarrollar una actuación que afecta una inversión.	101
	4.5.- Tratamiento Justo y Equitativo	105
CONCLUSIONES	CONCLUSIONES	109
BIBLIOGRAFÍA	Autores	116
	Normas jurídicas	118

INTRODUCCIÓN

1.- OBJETO DE LA PRESENTE INVESTIGACIÓN

La presente investigación corresponde a una Actividad Formativa Equivalente a Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho con mención en Derecho Económico, diseñada con el objeto de investigar cómo se enfrentan el régimen de protección de la inversión extranjera y la persecución penal del delito de lavado de activos en Chile, en el contexto del arbitraje internacional de inversiones.

Corresponde a la indagación de una hipótesis ficticia (cuya ocurrencia es del todo probable) en la que capitales extranjeros provenientes de un delito base de Lavado de Activos se incorporan legalmente al país a través de los mecanismos contemplados en nuestra normativa para desarrollar y proteger una inversión, y que luego son objeto de una persecución penal por parte de los organismos estatales responsables de la investigación y el castigo de este delito, y cuya controversia jurídica es ventilada en los organismos internacionales que ejercen jurisdicción en materias de arbitraje de inversiones, atendido lo dispuesto en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (denominado Convenio de Washington de 1965).

Este trabajo pretende encontrar las fuentes y los principios jurídicos que permitan presentar una solución a la problemática propuesta. Esto desde una doble perspectiva. Por una parte, cuando el Estado receptor de inversiones se vea enfrentado a la necesidad de defender las actuaciones de los órganos encargados de la persecución penal (Ministerio Público y Poder Judicial en los distintos ámbitos de sus competencias) que hayan afectado una inversión extranjera protegida, y que son además independientes del poder central. El Estado defenderá la tesis de que la inversión extranjera que proviene de capitales cuyo origen es ilícito, y que se tipifiquen en delitos base de Lavado de Activos, no está protegida por los Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones ni por la jurisdicción arbitral internacional en materia de inversiones. Por su parte, se abordará la perspectiva del inversionista

extranjero, quien demandará al Estado receptor de inversiones ante los tribunales creados en sede CIADI, procurando que se declare a este responsable de los actos de sus organismos que han afectado o interferido en su inversión en el contexto de una investigación criminal por la comisión de un delito de Lavado de Activos, cuestionando la legitimidad y el desarrollo de los procesos criminales incoados ante los tribunales locales.

El presente trabajo tiene como objetivo el establecer las vinculaciones o disonancias entre la normativa chilena en materia de protección de la inversión extranjera en Chile y la investigación y persecución del delito de lavado de dinero objeto de dicha inversión, cuando se discute la procedencia de actuaciones de persecución penal que afectan o interfieren en una inversión extranjera (en el capital o bienes en que esta recaee) en un tribunal de arbitraje internacional de inversiones.

Nos hemos propuesto analizar la problemática derivada de las políticas chilenas en materia de atracción y protección de inversión extranjera y la política en materia de persecución penal del delito de lavado de dinero. Esta investigación pretende analizar la protección que se ofrece a las inversiones a través de la suscripción de Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones (APPIs), frente a la pretensión punitiva del Estado al tenor de lo que dispone la Ley 19.913 que crea la Unidad de Análisis Financiero y tipifica figuras penales en materia de Lavado y Blanqueo de Activos.

Estimamos que, frente a una eventual persecución penal de delitos de lavado de activos que afecten una inversión, siempre existirá para los inversionistas extranjeros la alternativa de acceder a instancias arbitrales internacionales, surgiendo de este modo un proceso arbitral internacional y una eventual responsabilidad para el Estado receptor de inversiones. Esta hipótesis corresponde a una problemática jurídica que pretendemos evidenciar y resolver. Nuestro punto de partido serán los delitos de corrupción, que han sido analizados en la doctrina y jurisprudencia arbitral cuando son cometidos por el Inversionista Extranjero, en tanto delito base del Lavado de Activos.

Vale decir, se analizará el efecto que ha tenido la comisión de hechos constitutivos de corrupción por parte del inversionista, y cómo ello ha afectado su accionar en sede arbitral cuando ha demandado al Estado receptor de inversiones por desarrollar actividades que afectan su inversión.

Se ha señalado con razón que es inevitable que las investigaciones anticorrupción impactarán cada vez más en los procedimientos arbitrales internacionales en materia de inversiones¹. Cada vez con más frecuencia, los tribunales son requeridos para establecer si los inversionistas o los Estados han cometido actos de corrupción conectados con una demanda en materia de inversión, sea desde la perspectiva del inversionista que acciona en contra del Estado receptor, sea por parte del Estado en la formulación de su defensa². Las destinatarias principales de la prohibición de corrupción en el comercio internacional son sin duda alguna las empresas multinacionales³. ¿Qué habrán de hacer los árbitros si sospechan que una demanda esconde una operación de lavado de dinero?⁴. ¿Cómo debe proceder un tribunal arbitral cuando se enfrenta a una disputa en que existe un contrato vinculado al lavado de dinero, pero válido bajo la ley en que se otorgó?⁵. ¿Tiene atribuciones un panel arbitral de inversiones para analizar y en su caso evaluar el desarrollo y resultado de un proceso penal nacional del Estado anfitrión?

2.- INVERSIÓN EXTRANJERA EN CHILE

El crecimiento económico de Chile en los últimos 30 años, obedece, en buena medida, a una apertura económica que pretende abordar nuevos mercados en el

¹ Traducción del autor: “*It is inevitable that anti-corruption investigations will increasingly impact international investments arbitration proceedings*”. TIRADO, J., MATHEW, P., MEAGHER D. 2014 . *Corruption Investigations by Governmental Authorities and Investments Arbitration: An Uneasy Relationship*. ICSID Review, Vol 29 (2). p 494.

² MENAKER, A. 2010. *The Determinative Impact of Fraud and Corruption on Investments Arbitrations*. ICSID Rev-FILJ N° 25. p 67.

³ NIETO, Adán. 2003. *La corrupción en el comercio internacional*. Revista Penal. España. N° 12: p. 21.

⁴ MOURRE, Alexis. 2008. *Medidas Arbitraje y derecho penal: competencia, arbitrabilidad y derechos del tribunal arbitral*. Revista Internacional de Arbitraje. N° 9: p.14.

⁵ MCDUGALL, A. 2005. *International Arbitration and Money Laundering*. American University International Law Review, N° 20 (5). p.1039.

contexto internacional, derribando las barreras existentes particularmente en materia arancelaria. Por otra parte, la apertura económica promueve el movimiento o flujo de capital extranjero en el país, facilitando los mecanismos de internación y remesa de las utilidades derivadas de su inversión.

La política económica chilena de la última parte del siglo veinte y principios del siglo veintiuno ha buscado con afán implementar caminos expeditos hacia las economías extranjeras. Se han promovido mecanismos para vender el producto chileno en el exterior a un precio competitivo, procurando reducir al mínimo los controles fiscales de la autoridad extranjera. También, y no en menor medida, dicha estrategia considera el capital nacional que se incorpora a otras economías, en los denominados “intereses chilenos en el extranjero”.

En una segunda vertiente, como ya se adelantó, la política chilena en materia de inversión extranjera pretende incentivar el ingreso de capitales extranjeros al país, disponiendo de mecanismos que garanticen al dueño del capital la seguridad de su inversión, de sus remesas y de la repatriación del capital, en su caso, como principales intereses-derechos. Se reconoce que la inversión extranjera constituye un factor que contribuye, bajo los controles apropiados, al crecimiento económico, bienestar y desarrollo, especialmente en América Latina⁶.

La proliferación del flujo de capital extranjero genera un clima de alta competitividad, estimándose la inversión externa como un factor trascendente en el desarrollo económico del país⁷.

El capital extranjero para efectos de inversión ingresa a Chile bajo el Capítulo XIV del Compendio de Normas del Banco Central y especialmente al amparo del procedimiento que contempla el Decreto Ley (DL) 600 denominado Estatuto de la

⁶ MAYORGA, ROBERTO, MORALES, JOAQUÍN, POLANCO, RODRIGO. 2005. *Inversión Extranjera, Régimen Jurídico y Solución de Controversias*. Santiago. Lexis Nexis. p 2.

⁷ SALATA, ROSSANA. 1997. *Tratamiento del Capital Extranjero en Chile*. Revista del Abogado. Nº 9: p 29.

Inversión Extranjera⁸. A partir de la publicación de la ley 20.848 de Junio de 2015, se establece en Chile un nuevo marco para la inversión extranjera directa.

La inversión extranjera directa en Chile creció 15% en 2014 hasta los US\$ 23.302 millones (de dólares). Según cifras preliminares entregadas por el Banco Central, durante el período enero a diciembre de 2014, ingresaron a Chile US\$ 23.302 millones en Inversión Extranjera Directa (IED), es decir, un 15% superior al monto registrado en 2013, lo que alcanzó los US\$ 20.258 millones⁹. Estas cifras evidencian la magnitud del fenómeno de la inversión extranjera en nuestro país y las razones que llevan a protegerla creando condiciones favorables para su instalación, desarrollo y retorno.

La importancia que ha tomado la inversión extranjera en Chile se debe a que se han creado mecanismos jurídicos internos que le dan seguridad¹⁰. El inversionista extranjero (personas naturales o jurídicas extranjeras o chilenos con residencia o domicilio en el exterior) vislumbra, en la evaluación del proyecto que pretende implementar en Chile, los mecanismos que brinda la ley chilena y que le garantizan la protección a su inversión. En un primer momento, a través del DL 600 y sus respectivas modificaciones sucesivas, el capital extranjero ingresa a Chile y goza de garantías en lo relativo a la remesa de las utilidades derivadas del proyecto, derecho a opción al régimen de la invariabilidad tributaria, a no ser discriminado y a la repatriación del capital, por mencionar sólo los derechos más importantes.

⁸ La Ley 20.780, publicada el 29 de septiembre de 2014, contempla la derogación, a partir del 1° de enero de 2016, del DL 600, de 1974, Estatuto de la Inversión Extranjera, en su artículo 9°. Por efecto de la reforma tributaria, se entiende por derogado, a partir del 1 de enero de 2016, el DL 600 y se prohíbe, a contar de dicha fecha, que el Comité de Inversiones Extranjeras celebre nuevos contratos de inversión extranjera sujeto a las reglas de este estatuto. Sin embargo, la medida no implica una revisión de los acuerdos firmados previamente. Al respecto la Ley especifica que "los titulares de contratos de inversión ya suscritos con el Comité continuarán rigiéndose por las normas legales vigentes aplicables a sus contratos, incluido lo dispuesto en su Título III sobre el Comité de Inversiones Extranjeras". Este cambio normativo se efectuó bajo un compromiso de enviar un proyecto de ley al Parlamento que propondrá una nueva institucionalidad para la inversión extranjera. En www.camara.cl/prensa/noticias_detalle.aspx?prmId=125175 (información al 04 de Noviembre de 2015).

⁹ Sitio <http://www.emol.com/noticias/economia/2015/02/16/703873/inversion-extranjera-directa-crecio-un-15-en-2014-superando-flujos-por-us-23000-millones.html> (información al 16 de Febrero de 2015).

¹⁰ MAYORGA, ROBERTO, MORALES, JOAQUÍN, POLANCO, Rodrigo. 2005. *Inversión Extranjera, Régimen Jurídico y Solución de Controversias*. Santiago. Lexis Nexis. p 5 y siguientes.

Luego, y en una segunda etapa, la suscripción de un sinnúmero de tratados de promoción y protección de inversiones (denominados APPIs o BIT en su expresión anglosajona) inserta a Chile en el contexto internacional de solución de controversias, permitiendo al inversionista acceder a instancias arbitrales internacionales en caso de existir conflicto de carácter jurídico (por exclusión de diferencias comerciales o políticas)¹¹ y que surja directamente de una inversión¹².

A ello debe agregarse, como era de esperar, que la comunidad internacional en su conjunto estructura un sistema de protección arbitral que ningún país signatario puede desconocer, encumbrándose entonces en un fuerte aliciente para que se promuevan los acuerdos de protección y promoción de inversiones, y se respeten y cumplan los laudos arbitrales.

El desarrollo de estos instrumentos permite sostener, incluso, que estamos en presencia de un Derecho Constitucional Global¹³, a partir de la consolidación de estatutos de protección y jurisdicción supranacionales.

3.- DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

Por otra parte, el denominado “blanqueo de capitales” o simplemente “Lavado de dinero o de activos” constituye la forma moderna de sancionar las etapas posteriores a la consumación de un delito de lucro ilícito, y que antes recibían sanción a título de encubrimiento¹⁴ o eventualmente de receptación. En él se castiga finalmente

¹¹ MAYORGA, ROBERTO, MORALES, JOAQUÍN, POLANCO, Rodrigo. 2005. *Inversión Extranjera, Régimen Jurídico y Solución de Controversias*. Santiago. Lexis Nexis. p 2 y siguientes.

¹² Actualmente Chile mantiene suscritos y vigentes Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones con los siguientes países: Argentina, Bolivia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Uruguay, Venezuela, Austria, Bélgica, Croacia, República Checa, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Islandia, Italia, Noruega, Polonia, Portugal, Rumania, España, Suecia, Suiza, Ucrania, Reino Unido, China, Malasia y Filipinas. Fuente <http://www.ciechile.gob.cl/> al 29 de Octubre de 2015. A ello se suman, desde luego, los capítulos de inversión contenidos en los Tratados de Libre Comercio suscritos por Chile.

¹³ MONTT, SANTIAGO. 2006. *Las Inversiones como nuevo límite a la acción de los poderes público: Expropiaciones Indirectas y control del Estado regulador ante Tribunal Arbitrales Internacionales*. Revista de Derecho Administrativo Económico. Nº 16. p 34.

¹⁴ PRAMBS, CLAUDIO. 2005. *El Delito de Blanqueo de Capitales*. Santiago. Lexis Nexis. p 189 y siguientes.

el desvalor que significa tener un afán de lucro y desarrollar actividades necesarias para cometer ilícitos cuyo resultado es la consecución de ese afán, y luego presentar dicho lucro como un capital lícitamente obtenido, arbitrando los mecanismos para gozar de él mediante su incorporación al mercado.

El lavado de dinero constituye la culminación de una serie concatenada de delitos, la etapa técnica y elaborada, en donde los dineros sucios, mediante ingeniería financiera, tratan de introducirse a la economía. Es el proceso de esconder o disfrazar la existencia, fuente ilegal, movimiento, destino o uso ilegal de bienes o fondos, producto de actividades ilegales para hacerlos aparentar legítimos.

En otros términos, se blanquean capitales cuando se disfrazan activos de origen ilícito, obtenidos mediante la comisión de delitos, y que luego se insertan en una economía para ser utilizados sin reproche.

En casos de criminalidad financiera y de corrupción, las implicancias internacionales de la conducta delictiva suelen ser abundantes, bien sea porque los delitos se cometen en varios Estados o produzcan perjuicios en varios territorios nacionales, bien sea porque se intente ocultar en el extranjero el producto del delito a través de sofisticadas técnicas de blanqueo de capitales¹⁵.

Los tipos penales existentes en materia de Lavado de Dinero, entonces, están dirigidos a dos fines distintos. Por una parte, y como toda norma de derecho penal, persiguen desincentivar la comisión de ilícitos de lucro mediante la amenaza de la pena que contempla la figura penal. Es lo que conocemos como fin de prevención general. Por otra, persiguen proteger a las economías nacionales de la incorporación de inversiones derivadas de capitales ilícitamente obtenidos y que pueden afectar el sistema económico¹⁶, la libre competencia y la administración de justicia¹⁷.

¹⁵ SÁNCHEZ ULLED, Emilio. 2002. *Cooperación judicial internacional. Especial referencia a los delitos relacionados con la corrupción*. En su: *Cooperación Policial y Judicial en materia de delitos Financieros, Fraude y Corrupción*. 1era edición. Salamanca. Ediciones Universidad de Salamanca. p.147.

¹⁶ Esto último resulta por lo menos discutible. Algunos países muestran un fuerte componente en el PIB que proviene del narcotráfico, y de las actividades económicas generadas alrededor de este delito o de la inversión de sus ganancias.

La estrategia chilena para el combate al lavado de activos se inserta en la política internacional en la materia. Se ha diseñado un instrumento (una ley) que recoge figuras penales básicas (los denominados “delitos base”) cuyo reproche es unánime en el contexto internacional y que generan lucro. Las utilidades (ingresos) derivadas de esas conductas, su inversión y disimulación, es castigada como lavado de dinero, en forma independiente al delito base. Modernamente los modelos europeos al efecto, se han visto fuertemente influenciados por la política criminal de los Estados Unidos, ejerciendo este país influencia en el marco de organizaciones internacionales y al amparo de instrumentos jurídicos aprobados en dichas instancias¹⁸.

El delito de Tráfico Ilícito de Estupefacientes destaca como el ícono de una actividad delictiva, lucrativa y cuyas ganancias deben ser disimuladas para poder ser utilizadas. Es, en Chile, el principal delito base del blanqueo de capitales, desde donde surge el tipo penal de Lavado de Dinero al amparo de la antigua Ley N° 19.366 (hoy Ley N° 20.000). El catálogo de conductas bases de lavado, ya se verá, incluye otras figuras cuya incorporación en la ley respectiva obedece a criterios no siempre definidos. Actos constitutivos de Corrupción, Delitos Terroristas, Secuestro, Favorecimiento de la Prostitución, por mencionar sólo algunos, son base del lucro cuya disimulación es sancionada mediante el delito de Lavado de Dinero. A ello debe agregarse además, el establecimiento de las Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas ante la comisión de ciertas y específicas conductas típicas, a partir de la promulgación en Chile de la Ley 20.393. La norma respectiva señala que las personas jurídicas serán responsables de los delitos de Lavado de Dinero, Financiamiento de Terrorismo y Cohecho de funcionarios públicos, que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión.

¹⁷ PRAMBS, Claudio. 2005. El Delito de Blanqueo de Capitales. Santiago. Lexis Nexis. p 58 y siguientes.

¹⁸ NIETO, Adán. 2003. *La corrupción en el comercio internacional*. Revista Penal. España. N° 12. p.3.

Con la dictación de la Ley N°20.393, Chile ha realizado un cambio trascendente en su ordenamiento jurídico, al establecer un modelo sancionatorio de las personas jurídicas de carácter penal, a diferencia del actual régimen administrativo vigente en áreas relevantes de nuestra legislación económica como son las que regulan la libre competencia, el mercado de valores o el negocio financiero¹⁹.

Las personas jurídicas, a través de las sociedades mercantiles, son quienes desarrollan en su mayoría las inversiones de capital en el país. Son, huelga decirlo, el principal sujeto en cuyo interés las personas naturales que en ella se desempeñan pueden incurrir en conductas sancionadas a título de Lavado de Activos, pudiendo confundirse la inversión extranjera incorporada a la economía local con el capital que se procura blanquear. Este es el objeto de nuestro trabajo.

Pero también, debe señalarse, las personas jurídicas bien pueden ser titulares de la acción ante el CIADI en su calidad de “inversionista extranjero”, en la medida que tengan nacionalidad de un Estado parte en el Convenio de Washington, conforme la legislación de dicho Estado y la ley del tratado de inversión²⁰.

4.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Una estrategia de crecimiento mediante la liberalización de la actividad económica y protección a la inversión extranjera, expone a las economías a la

¹⁹ FERNÁNDEZ, Hernán. 2010. *Comentarios al modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas establecido por la ley N° 20.393 en relación a los delitos de cohecho*. Revista Jurídica del Ministerio Público. N° 43. p 80.

²⁰ Véase el tratamiento de la nacionalidad de las personas jurídicas, ampliamente definidas bajo la denominación de “personas morales” en GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. 2009. *Arbitraje de Inversión*. México. Porrúa. p.101 y siguientes.

comisión de delitos de blanqueo de capitales²¹. Algo similar puede decirse de las Operaciones de Cambios Internacionales²².

Es decir, mientras menores sean las barreras al ingreso de capitales extranjeros al país, y más se profundicen los mecanismos de promoción y protección de inversiones, aumentará el riesgo de que se inserten en la economía flujos derivados de actividades ilícitas.

Podríamos resumir el *iter* delictivo del lavado de activos y la inversión extranjera de sus utilidades en tres etapas²³:

1. Comisión del delito base y consecución del lucro perseguido por el autor.
2. Incorporación al sistema financiero y conversión en capital blanqueado.
3. Utilización de capitales extranjeros mediante los instrumentos del mercado formal.

Como es de suponer, las dos primeras etapas pueden tener lugar en otros países, ingresando el capital extranjero a Chile sólo en la tercera etapa. Bajo las garantías existentes para la inversión al amparo de la estrategia chilena en la materia (principalmente D.L. 600, APPIs, CIADI, etc...) es posible entonces que se internen mediante acceso al mercado formal, divisas que han sido obtenidas ilícitamente, y que luego sirvan de capital para una Inversión Extranjera, que gozará de garantías y protección legal y jurisdiccional.

No es de extrañar que prácticamente se promueva el blanqueo de activos en economías abiertas como la chilena, resultando una incómoda fórmula: las utilidades derivadas de la comisión de un delito reciben protección legal.

²¹ MAYORGA, Roberto. 1997. *Inversión Extranjera y Blanqueo de Capitales*. Revista del Abogado. Nº 11: p 16.

²² FRÍAS, Carlos. 2005. *Operaciones de Cambios Internacionales*. Boletín Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional. Nº 6. p 9.

²³ PRAMBS, Claudio. 2005. *El Delito de Blanqueo de Capitales*. Lexis Nexis, p 77 y siguientes. El autor distingue las etapas de colocación del dinero obtenido, conversión e integración o reinversión del capital. Por su parte, McDOUGALL, A. 2005. *International Arbitration and Money Laundering*. American University International Law Review, Nº 20 (5). p. 1023 refiere también tres etapas: *Soaking* (incorporar el producto de la actividad delictiva en el sistema bancario); *Washing* (separar las ganancias de su fuente original); y *Drying* (convertir el dinero lavado en una inversión legítima).

5.- RESPUESTAS PROBABLES

Existen al menos dos respuestas probables. En una primera vertiente, el proceso arbitral internacional esta disociado del proceso penal en sede nacional. Algunos casos CIADI analizados procuran, en general, no atender al estado o resultado de los procesos judiciales internos de cada país, precisamente porque la garantía explícita contenida en los acuerdos de promoción y protección de inversiones reconoce a los inversionistas internacionales la facultad para resolver los conflictos derivados de inversiones ante tribunales arbitrales internacionales. De este modo, el mérito, la oportunidad y legitimidad de la persecución penal no es materia de la competencia de las jurisdicciones internacionales en materia de inversiones, ni obstáculo para acceder a ellas.

En esta parte será muy útil analizar el régimen de las denominadas Expropiaciones Indirectas y del Trato Justo y Equitativo que promueven los instrumentos internacionales, y cómo y qué actuaciones de órganos del Estado puedan interferir en inversiones extranjeras a tal punto, que permitan al inversionista accionar en sede arbitral internacional con el objeto de demandar al Estado receptor de inversiones y obtener una compensación alegando infracción a la ley del tratado.

En una segunda corriente, algunas consideraciones jurisprudenciales han tenido en cuenta durante el proceso arbitral, incluso a nivel de prueba, la concurrencia de conductas de corrupción cometidas por el inversionista extranjero o sus agentes, enervando la facultad del demandante ante el tribunal del CIADI. Así, podremos concluir que desde la excepción de objeción a la jurisdicción del Centro, o bien en la resolución de la cuestión de fondo, el tribunal del CIADI no puede desconocer el origen ilícito de los bienes materia de la inversión, impidiendo al inversionista accionar arbitralmente, o desechando derechamente su demanda por este concepto, cumplidos ciertos requisitos.

Como punto de partida, los Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones otorgan protección a las inversiones que hayan sido desarrolladas en respeto a la

legislación del Estado anfitrión. Por el contrario, si la inversión no se ha efectuado de conformidad con las leyes y reglamentos de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, no se considera “inversión” (protegida). En términos muy simples, se ha planteado el siguiente ejemplo: Un inversionista tiene una licencia de alcohol que es revocada con arreglo a la ley, porque se comprueba que ha vendido cerveza a menores de edad. La revocación es legal y no arbitraria, por lo que no puede reclamar una expropiación. Su propiedad fue “tomada”, pero no expropiada. A similares conclusiones se puede llegar con respecto al comiso o la confiscación de los bienes involucrados en delitos²⁴.

6.- METODOLOGÍA UTILIZADA

El método que se empleará en el desarrollo de esta actividad formativa equivalente a tesis será el de la investigación teórico-dogmática. Se utilizarán herramientas del tipo comparativas, de modo de identificar las similitudes y diferencias de las instituciones pertinentes en materia de actuaciones de investigación criminal y arbitrajes de inversiones; interpretativas, en términos de que se investigará el sentido de las expresiones contenidas en las fuentes del derecho aplicables, especialmente en lo relativo a la interferencia en las inversiones y a las actividades constitutivas de expropiación indirecta; se formularán tesis propositivas con el fin de analizar la normativa y proponer derogaciones, adiciones y reformas al estatuto que protege la inversión; y finalmente se desarrollará una evaluación exploratoria de los laudos CIADI analizados por la doctrina, con el objeto de rescatar elementos jurisprudenciales y plantear problemas de incoherencia sistemática entre los estatutos aplicables²⁵.

²⁴ Traducción del autor a partir de este sencillo pero prístino ejemplo del profesor Santiago Montt en MONTT, Santiago. 2009. *State Liability in Investment Treaty Arbitration. Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*. First Edition. Hart Publishing. p. 192.

²⁵ ELGUETA, María Francisca y PALMA, Eric. 2005. *La Investigación en Ciencias Sociales y Jurídicas*. 2da. Edición. ORION Colección Juristas Chilenos, página 240 y siguientes.

La técnica de investigación utilizada será la documental bibliográfica (fichaje). La investigación se desarrollará a partir de una hipótesis ficticia, procurando evidenciar los principios que puedan resolver la cuestión.

CAPÍTULO PRIMERO

INVERSIÓN EXTRANJERA EN CHILE

1.1.- ASPECTOS GENERALES

Como se adelantó, el crecimiento económico de Chile en los últimos 30 años, obedece, en buena medida, a una apertura económica que promueve el movimiento o flujo de capital extranjero en el país, facilitando los mecanismos de internación y remesa de las utilidades. No existe duda hoy en día de la importancia que tiene la inversión extranjera para nuestro país, la cual es uno de los pilares fundamentales en la (nuestra) estrategia de desarrollo económico²⁶.

Resulta indudable que la necesidad de atraer inversión extranjera, elemento esencial para el desarrollo del país, ha requerido (sobre todo en el pasado) establecer situaciones atractivas y convenientes para los inversionistas extranjeros²⁷.

La inversión extranjera involucra la transferencia de activos de un país a otro, sean tangibles o intangibles, con la finalidad de utilizarlos en el Estado anfitrión para generar riqueza bajo el control total o parcial del propietario de los activos²⁸. Se agrega también la necesidad de que el referido capital aporte al desarrollo económico de la región o sector económico al que se incorpora.

Ahora bien, el capital extranjero ingresa formalmente a Chile bajo el Capítulo XIV del Compendio de Normas del Banco Central y también al amparo del procedimiento que contempla el D.L. 600²⁹, derogado a partir del año 2016. Con la publicación de la Ley 20.848, se establece un nuevo marco para la inversión extranjera directa en Chile.

²⁶ ZAVALA, José Luis y MORALES, Joaquín. 2003. *Derecho Económico*. 2da. Edición. Lexis Nexis. p. 189.

²⁷ MONTT, Santiago. 2005. *Aplicación de los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones por tribunales chilenos. Responsabilidad del Estado y expropiaciones regulatorias en un mundo crecientemente globalizado*. Revista Chilena de Derecho. Vol. 32 (1): p. 75.

²⁸ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. 2009. *Arbitraje de Inversión*. México. Porrúa. p.4.

²⁹ El régimen que más se ha utilizado por los extranjeros para invertir en Chile desde su dictación en 1974 es el Estatuto de la Inversión Extranjera contenido en el Decreto Ley N° 600, en ZAVALA, José Luis y MORALES, Joaquín. 2003. *Derecho Económico*. 2da. Edición. Lexis Nexis p. 189.

La suscripción de tratados de promoción y protección de inversiones inserta a Chile en el contexto internacional de solución de controversias, permitiendo al inversionista acceder a la jurisdicción arbitral internacional en caso de existir conflicto de carácter jurídico (por exclusión de diferencias comerciales o políticas)³⁰ y que surjan directamente de una inversión. El arbitraje de inversión reduce el riesgo-país al brindar un foro donde se canalicen jurídicamente (no políticamente) las disputas sobre inversión³¹. Esto además se ha convertido en una manera de competir entre las distintas economías por obtener una inversión: otorgar a los inversionistas privados derechos y garantías adicionales a los que de otra manera existirían con la finalidad de que sean preferidos al momento de ser comparados con otros Estados anfitriones...³².

Para poder acceder a la protección contenida en los distintos Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones, las inversiones deben haberse realizado de acuerdo con las disposiciones legales de las partes contratantes. El término “inversión” se refiere precisamente a cualquier clase de bien, siempre que la inversión se haya efectuado de acuerdo conformidad con las leyes y reglamentos de la parte contratante en cuyo territorio se realiza la inversión³³.

Como contrapartida, las partes que celebren estos acuerdos sólo pueden impedir la realización de la transferencia de una inversión cubierta por medio de una aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe de sus leyes relativas, entre otros aspectos, a infracciones penales³⁴. Este principio revela un punto de partida

³⁰ MAYORGA, Roberto, MORALES, Joaquín, POLANCO, Rodrigo. 2005. *Inversión Extranjera, Régimen Jurídico y Solución de Controversias*. Santiago. Lexis Nexis. p 2 y siguientes.

³¹ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. 2009. *Arbitraje de Inversión*. México. Porrúa. p.7.

³² Ibid. p.28.

³³ Artículo 1º del Convenio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República del Perú para la Promoción y Protección recíproca de Inversiones. Una norma semejante se describe en el Acuerdo entre el Gobierno de la República de Chile y el Reino de España para la Protección y Fomento Inversiones, y en muchos otros APPIs.

³⁴ Artículo 10.8 del Capítulo Diez del Tratado de Libre Comercio suscrito entre Chile y los Estados Unidos de América.

lógico: no hay protección para las inversiones que provienen de la comisión de hechos delictivos en el Estado anfitrión³⁵.

Ahora bien, el arbitraje, cuya autonomía de las jurisdicciones nacionales es cada vez mayor y más ampliamente reconocida, ha emergido como la manera normal de resolver conflictos en los negocios internacionales³⁶.

La responsabilidad del Estado opera aquí no sólo desde la perspectiva jurídico internacional convirtiendo a los Estados en sujetos con responsabilidad internacional³⁷, en términos de determinar qué actuaciones del Estado le hacen incurrir en responsabilidad y cómo se hace esta efectiva. También, desde una órbita comercial, los países son escrutados por los inversionistas, quienes deciden incorporar capital en aquellos Estados que respetan las inversiones y los laudos arbitrales.

Los inversionistas, a su vez, son propensos, cuando no impulsores, de desarrollar prácticas comerciales, algunas de muy antigua data, que llevan implícitas conductas de corrupción de los funcionarios públicos. Algunas maniobras, que siempre han sido toleradas, han pasado a ser poco a poco criminalizadas, expandiendo de este modo la norma penal en las relaciones comerciales. Esto se puede explicar, además, pues existe, a partir de los años setenta, un verdadero aumento de la corrupción en las relaciones comerciales internacionales³⁸.

³⁵ Se trata, como se verá, de un principio que debe ser tratado con mucho cautela y que ciertamente ponemos en tela de juicio, de momento que es necesario ponderar adecuadamente cómo se desarrolla el proceso penal y cómo puede ser un instrumento del Estado receptor para legitimar su intervención en contra de una inversión extranjera.

³⁶ MOURRE, Alexis. 2008. *Medidas Arbitraje y derecho penal: competencia, arbitrabilidad y derechos del tribunal arbitral*. Revista Internacional de Arbitraje. Nº 9: p. 12.

³⁷ MOURRE, Alexis. 2008. *Medidas Arbitraje y derecho penal: competencia, arbitrabilidad y derechos del tribunal arbitral*. Revista Internacional de Arbitraje. Nº 9: p12.

³⁸ NIETO, Adán. 2003. *La corrupción en el comercio internacional*. Revista Penal. España. Nº 12: p. 7.

1.2.- NORMATIVA VIGENTE EN CHILE

El régimen de inversión extranjera corresponde al complejo normativo que regula el ingreso de capitales a Chile con fines de inversión. Su tratamiento está regulado en el Decreto Ley (DL) 600 de 1974 denominado Estatuto de la Inversión Extranjera, en el Capítulo XIV del Compendio de Normas de Cambios Internacionales del Banco Central, y desde Junio de 2015 por la Ley 20.848 que establece el nuevo estatuto de la inversión extranjera directa.

El DL 600 es el régimen de mayor uso por parte de los inversionistas extranjeros³⁹. Las personas naturales y jurídicas, y las chilenas con residencia y domicilio en el exterior, que transfieran capitales extranjeros a Chile y que celebren un contrato de inversión extranjera, se regirán por las normas contenidas en el DL 600.

Dicha normativa define al organismo denominado Comité de Inversión Extranjera y determina sus funciones y facultades. El Comité de Inversión Extranjera es una persona de derecho público, funcionalmente descentralizada, con patrimonio propio, y autorizada para actuar en representación del Estado de Chile en la aceptación del ingreso de capitales desde el exterior, acogidos al DL 600, y en el establecimiento de los términos y las condiciones de los respectivos contratos⁴⁰.

El Comité de Inversiones Extranjeras es el organismo que representa al Estado de Chile en sus tratos con los inversionistas extranjeros. Está conformado por los Ministros de Economía (que actúa como Presidente del Comité), Hacienda, Relaciones Exteriores, Planificación, además del Presidente del Banco Central. Adicionalmente, los ministros que representan sectores económicos específicos son invitados a participar en las sesiones del Comité de Inversiones Extranjeras en caso que corresponda. El organismo es dirigido y administrado por el Vicepresidente Ejecutivo, quien es designado directamente por el Presidente de la República⁴¹. Dicho

³⁹ ZAVALA, José Luis y MORALES, Joaquín. 2003. *Derecho Económico*. 2da. Edición. Lexis Nexis, p. 191.

⁴⁰ MAYORGA, Roberto, MORALES, Joaquín, POLANCO, Rodrigo. 2005. *Inversión Extranjera, Régimen Jurídico y Solución de Controversias*. Santiago. Lexis Nexis. p. 103.

⁴¹ Sitio [http://www.ciechile.gob.cl/es/sobre-el-cie/quienes-somos/\(información al 02 de Octubre de 2015\)](http://www.ciechile.gob.cl/es/sobre-el-cie/quienes-somos/(información al 02 de Octubre de 2015)).

Vicepresidente tiene, entre otras funciones, la de investigar en Chile o en el extranjero sobre la idoneidad y seriedad de los peticionarios o interesados.

Una vez que un inversionista decide invertir en Chile, el Comité de Inversión Extranjera analiza las solicitudes de inversión extranjeras, para, establecida su seriedad e idoneidad, dar su aprobación a la misma. Esto habilitará a la “inversión” aprobada a internar los capitales a Chile a través del mercado cambiario formal y luego, a ejercer los derechos de remesa de capital y utilidades, derecho a no ser discriminado y derecho a la invariabilidad tributaria en su caso, entre otros⁴².

Cuando un inversionista extranjero presenta una solicitud de contrato de inversión ante el Comité de Inversiones Extranjeras, esta institución solicita información corporativa o personal de los inversionistas con la finalidad de hacer un análisis preliminar del inversionista extranjero y del tipo de inversión que se pretende realizar en Chile. En este sentido, el Comité de Inversión Extranjera no tiene obligaciones, facultades ni recursos específicos para analizar capitales sospechosos de provenir del lavado de activos.

Sin perjuicio de lo anterior, y en cumplimiento con la Ley 19.913 que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de Lavado y Blanqueo de Activos, en caso de tener sospechas de la procedencia de determinados capitales, el Comité de Inversión Extranjera, en su calidad de entidad pública, reporta dicha solicitud de inversión a la Unidad de Análisis Financiero, institución pública especializada en el análisis de este tipo de operaciones financieras, facilitándole la información y documentación pertinente⁴³.

Por su parte, bajo la normativa de la Ley 20.848, se entiende por inversión extranjera directa, la transferencia al país de capitales extranjeros o activos de propiedad de un inversionista extranjero o controlado por éste, por un monto igual o superior a cinco millones de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica o su equivalente en otras monedas, que se efectúe a través de moneda extranjera de libre

⁴² ZAVALA, José Luis y MORALES, Joaquín. 2003. *Derecho Económico*. 2da. Edición. Lexis Nexis, p. 204.

⁴³ Respuesta entregada por el Comité de Inversión Extranjera de fecha 01 de Octubre de 2015 a una consulta formal formulada por el autor.

convertibilidad, bienes físicos en todas sus formas o estados, reinversión de utilidades, capitalización de créditos, tecnología en sus diversas formas susceptible de ser capitalizada, o créditos asociados a la inversión extranjera proveniente de empresas relacionadas. Asimismo, se considerará inversión extranjera directa aquella que, dentro de los montos a que se refiere el inciso anterior, se transfiera al país y se materialice a través de la adquisición o participación respecto del patrimonio de la empresa o en el capital de la sociedad receptora de la inversión, constituida en Chile conforme a la ley chilena, en forma directa o indirecta, que le otorgue control de, al menos, el 10% del derecho a voto de las acciones de la sociedad, o de un porcentaje equivalente de participación en el capital social si no se tratare de una sociedad por acciones o en el patrimonio de la empresa de que se trate. Para efectos de esta ley se entenderá por inversionista extranjero a toda persona natural o jurídica constituida en el extranjero, no residente ni domiciliada en Chile, que transfiera capitales a Chile, en los términos señalados.

1.3.- BREVE MENCIÓN A LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA

Sostenemos que el principal instrumento de protección internacional a las inversiones es el arbitraje internacional, por oposición a la Diplomacia y desde luego a las medidas de fuerza.

Con el objetivo de reducir el riesgo político⁴⁴ de invertir en un país, se creó el Centro para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI en idioma castellano) que entró en vigor en Octubre de 1966⁴⁵, y ratificado por Chile en 1991.

El CIADI es una organización internacional de carácter público creada mediante un tratado internacional: el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965.

⁴⁴ Riesgo político entendido en términos amplios, incluyendo clima político, condiciones de mercado, marco jurídico, aspectos sociales y económicos, etc...

⁴⁵ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. 2009. *Arbitraje de Inversión*. México. Porrúa. p.33.

El referido Centro administra dos procedimientos: La conciliación y el arbitraje propiamente tal. Este último procedimiento, al incoarse entre un Estado soberano y entes privados, se califica como Arbitraje mixto⁴⁶. Todo lo relativo al procedimiento está regido en forma exhaustiva en el Convenio CIADI⁴⁷.

Existen tres requisitos para que exista jurisdicción CIADI:

1. Consentimiento: Tanto el Estado receptor de la inversión como el inversionista extranjero deben consentir en la jurisdicción del CIADI. Se estima que el consentimiento es la “piedra angular” sobre la que descansa la jurisdicción del Centro⁴⁸.
2. *Ratione personae*: El inversionista extranjero debe ser nacional de un Estado parte en el Convenio CIADI y no tener la nacionalidad del Estado anfitrión.
3. *Ratione materiae*: La controversia debe ser de naturaleza jurídica y surgir directamente de una inversión. El concepto de “inversión” no está definido en el Convenio. Esto ha sido así, se ha dicho, con el fin de que los árbitros analizaran el concepto teniendo todas las circunstancias del caso a su disposición⁴⁹.

En cuanto al derecho aplicable, el CIADI debe decidir conforme las normas de derecho acordadas por las partes. En ausencia de acuerdo, se aplica la normativa del Estado contratante involucrado en la controversia y el derecho internacional aplicable⁵⁰.

⁴⁶ Ibid. p.34.

⁴⁷ Ibid. p.44.

⁴⁸ MAYORGA, Roberto, MORALES, Joaquín, POLANCO, Rodrigo. 2005. Inversión Extranjera, Régimen Jurídico y Solución de Controversias. Santiago. Lexis Nexis. P. 183, citando el “Reporte de los Directores Ejecutivos” del banco internacional de Reconstrucción y Fomento.

⁴⁹ GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. 2009. *Arbitraje de Inversión*. México. Porrúa. bid. p 38.

⁵⁰ Ibid. p.45.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS EN CHILE

2.1.- ASPECTOS GENERALES

El denominado “blanqueo de capitales” o simplemente “Lavado de dinero o de activos” constituye la forma moderna de sancionar las etapas posteriores a la consumación de un delito de lucro ilícito, y que antes recibían sanción a título de encubrimiento⁵¹ o eventualmente de receptación. El blanqueo de capitales corresponde a la etapa de agotamiento del producto de ciertos delitos, que recibe hoy una sanción penal. A este respecto se concibe el lavado de dinero como las formas específicas de aprovechamiento, favorecimiento, receptación y, en general, encubrimiento del delito principal⁵².

El sistema elegido en Chile para tipificar los ilícitos base de lavado corresponde a la elaboración de una lista taxativa de delitos⁵³, por oposición a la utilización del concepto de “delitos graves” que proponen las Convenciones internacionales.

Las utilidades (ingresos) derivadas de esas conductas, su inversión y disimulación, es castigada como lavado de dinero, en forma independiente al delito base. A partir de la dictación de la Ley 19.913 se 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”⁵⁴.

⁵¹ PRAMBS Claudio. 2005. *El Delito de Blanqueo de Capitales*. Santiago. Lexis Nexis. p 189 y siguientes.

⁵² MATUS, Jean Pierre. 2004. *Informe sobre algunos aspectos sustantivos y procesales del delito de lavado de dinero del artículo 12 de la ley 19.366*. Boletín Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado Fiscalía Nacional. Nº 4. p. 8

⁵³ CONTRERAS, Marcelo. 2004. *Las medidas cautelares y el comiso, con especial referencia a las modificaciones efectuadas por la Ley N° 19.913*. Boletín Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado Fiscalía Nacional. Nº 1. P. 37.

⁵⁴ MATUS, Jean Pierre. 2004. *Informe sobre algunos aspectos sustantivos y procesales del delito de lavado de dinero del artículo 12 de la ley 19.366*. Boletín Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado Fiscalía Nacional. Nº 4. p. 9.

El Estado de Chile estima que la persecución penal de estas conductas tiene por primer fundamento la urgente necesidad de contar con una institución especializada y con funciones apropiadas para la prevención y control del lavado o blanqueo de activos (Unidad de Análisis Financiero⁵⁵), y luego la tipificación pormenorizada de delitos y conductas base de lavado⁵⁶. Además, el fomento que los países promueven para la persecución de estos delitos se contiene en acuerdos y *memorándums* de entendimiento. Existen consideraciones de orden internacional que también concurren al fundamento de la normativa existente en materia de lavado de activos. Estas se refieren a compromisos asumidos en tratados suscritos por nuestro país, como la Convención contra el Crimen Transnacional Organizado, y a obligaciones internacionales adquiridas por la incorporación de nuestro país al Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (GAFISUD). A esto ese agrega que el carácter transnacional del delito de lavado de activos y los instrumentos de cooperación internacional evidencian que a la comunidad internacional preocupa este ilícito, y que probablemente no estará dispuesta a que las inversiones de capitales que provengan de esta fuente sean protegidos por tribunales internacionales. El trabajo del Grupo de Acción Financiera y las directivas europeas, revelan una conciencia internacional...dirigida a crear un orden público internacional⁵⁷.

Por otra parte, se ha perfeccionado el tipo penal de lavado de activos, fundamentalmente para ampliar los delitos subyacentes de esta figura penal, a otros ilícitos graves además del tráfico de drogas, como son el terrorismo y el tráfico de armas. Se ha configurado de este modo una institucionalidad de cooperación entre países, con el objeto de compartir información, intercambiar conocimientos y experiencia, y utilizar información y evidencia en procesos penales bajo ciertos

⁵⁵ Véase el mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que se inicia un proyecto de ley que crea la Unidad de análisis e inteligencia financiera y modifica el Código Penal en materia de lavado o blanqueo de activos de 12 de junio de 2002.

⁵⁶ Véase NIETO, Adán. 2003. *La corrupción en el comercio internacional*. Revista Penal. España. Nº 12:p.10. El autor incorpora en el análisis de la Convención de la OCDE, no sólo la incriminación directa de conductas de corrupción de funcionarios públicos en transacciones internacionales, sino también previsiones y sanciones en materia contable en contra de las empresas.

⁵⁷ MOURRE, Alexis. 2008. *Arbitraje y derecho penal: competencia, arbitrabilidad y derechos del tribunal arbitral*. Revista Internacional de Arbitraje. Nº 9. p. 57.

requisitos. Los principios que subyacen son los de cooperación internacional, prueba lícita y reciprocidad.

A ello debe agregarse además, el establecimiento de las Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas ante la comisión de ciertas y específicas conductas típicas, a partir de la promulgación de la Ley 20.393. La norma respectiva señala que las personas jurídicas serán responsables de los delitos de Lavado de Dinero, Financiamiento de Terrorismo y Cohecho de funcionarios públicos, que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión.

2.2.- NORMATIVA VIGENTE EN CHILE

La normativa vigente en Chile se contiene en los siguientes instrumentos:

- 1) Ley 19.913** que crea la Unidad de Análisis Financiero y Modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de capitales. La Unidad de Análisis Financiero se crea con el objeto de prevenir e impedir la utilización del sistema financiero y de otros sectores de la actividad económica, para la comisión de alguno de los delitos descritos en el artículo 27 de la misma ley, y en el artículo 8° de la ley N° 18.314 que sanciona conductas terroristas. La norma indica que la Unidad de Análisis Financiero es un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios, que se relaciona con el Presidente de la República por medio del Ministerio de Hacienda. Tiene principalmente las siguientes atribuciones y funciones:
 - a) Solicitar, verificar, examinar y archivar la información a que se refiere el artículo 3° de la ley, que prescribe la obligación de informar operaciones sospechosas a determinadas instituciones y personas.
 - b) Solicitar a cualquiera de las personas naturales o jurídicas obligadas a informar, 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.

c) Disponer exámenes periciales, los que podrá encomendar a instituciones públicas o privadas.

d) Organizar, mantener y administrar archivos, bases de datos y registros, pudiendo integrarlos, con el debido resguardo y protección, a las redes de información nacionales e internacionales para el adecuado cumplimiento de sus funciones.

e) Recomendar medidas a los sectores público y privado para prevenir la comisión de delitos de Lavado de Activos.

f) Impartir instrucciones de aplicación general a las personas obligadas a informar operaciones sospechosas.

g) Intercambiar información con sus similares del extranjero.

i) Acceder, en la forma en que se convenga con el jefe superior de la entidad respectiva, a las informaciones y antecedentes existentes en las bases de datos de los organismos públicos 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.

j) Imponer las sanciones administrativas que establece esta ley.

La Unidad de Análisis Financiero no puede ejercer competencias propias del Ministerio Público o de los Tribunales de Justicia, y sólo puede utilizar la información que reciba para los propósitos establecidos en la ley 19.913, debiendo disponer su inmediata remisión al Ministerio Público.

Las figuras penales que sancionan el Lavado de Dinero se contienen en el artículo 27 de la Ley 19.913. Esta norma castiga con las penas de presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de doscientas a mil unidades tributarias mensuales las siguientes conductas:

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 4º 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 al 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 aplica la misma pena a las conductas descritas 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.

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

Las normas que tipifican delitos en la Ley 19.913 también se extienden a conductas que usualmente entendemos como culposas, y que bien pueden ser cometidas por un inversionista extranjero, ajeno a las normas legales chilenas y a los

usos comerciales. Si el autor de alguna de las conductas en materia de Lavado de Activos no ha conocido el origen de los bienes por negligencia inexcusable, la pena privativa de libertad señalada más arriba será rebajada en dos grados.

Luego, la ley sanciona a los que se asociaren u organizaren con el objeto de llevar a cabo algunas de las conductas descritas, procurando de este modo extender la punición a las etapas preparatorias del delito. Cuando la asociación se hubiere formado a través de una persona jurídica, se impondrá además, como consecuencia accesoria de la pena impuesta a los responsables individuales, la disolución o cancelación de la personalidad jurídica.

Ahora bien, la conducta desplegada por el sujeto activo en este delito se satisface con dolo directo y eventual, cuestiones que por cierto deben acreditarse en el proceso. No se aprecian en el derecho chileno razones para excluir del ámbito de la tipicidad aquellas conductas de lavado de dinero realizadas con dolo eventual⁵⁸. Esto no significa en modo alguno que se invierta la carga de la prueba⁵⁹. Con todo, las conductas constitutivas de lavado de dinero, a diferencia de los delitos comunes, tienen un sustrato material que consiste en conductas cotidianas, ordinarias, en principio lícitas, pues en estos casos la conducta precisamente se caracteriza por no sugerir por si misma ninguna disposición subjetiva especial del agente⁶⁰. Esto implicará la necesidad de alcanzar un alto estándar de convicción en el juzgador⁶¹.

⁵⁸ HERNÁNDEZ, Héctor. 2004. Informe en Derecho. Boletín Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado Fiscalía Nacional. Nº 4. p. 25 y 26.

⁵⁹ CONTRERAS, Marcelo. 2004. *Las medidas cautelares y el comiso, con especial referencia a las modificaciones efectuadas por la Ley N° 19.913*. Boletín Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado Fiscalía Nacional. Nº 1. p. 45. El autor desarrolla una interesante investigación citando a Javier Alberto ZARAGOZA AGUADO, quien propone la utilización de presunciones como método de razonamiento probatorio para recabar una Incautación Judicial de bienes, que es perfectamente aplicable a una inversión extranjera. Para ello es necesario acreditar primero la existencia de una conexión del imputado o sus negocios con actividades de tráfico de drogas; segundo, el aumento de patrimonio directo o indirecto del afectado por la medida; finalmente la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen este aumento. Por nuestra parte, podemos agregar, además, que el estándar de convicción judicial para recabar medidas intrusivas es distinto y de menor entidad que el necesario para obtener una Sentencia Condenatoria.

⁶⁰ HERNÁNDEZ, Héctor. 2004. Informe en Derecho. Boletín Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado Fiscalía Nacional. Nº 4. p. 32.

⁶¹ Véase NIETO, Adán. 2003. *La corrupción en el comercio internacional*. Revista Penal. España. Nº 12:p.11, en que el autor desarrolla una interesante investigación acerca de las obligaciones de control que deben ejercer los Directivos de las empresas en relación a las conductas de sus empleados, desde una

2) La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988.

3) La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000. El artículo 6º de dicha Convención señala en relación a la penalización del blanqueo del producto del delito, que cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) i) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos;

ii) La ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes o del legítimo derecho a éstos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito;

b) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico:

i) La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son producto del delito;

ii) La participación en la comisión de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo al presente artículo, así como la asociación y la confabulación para cometerlos, el intento de cometerlos, y la ayuda, la incitación, la facilitación y el asesoramiento en aras de su comisión. Además agrega que cada Estado Parte velará por aplicar el párrafo ya señalado a la gama más amplia posible de delitos determinantes;

b) Cada Estado Parte incluirá como delitos determinantes todos los delitos graves definidos en el artículo 2 de la presente Convención y los delitos tipificados con arreglo

perspectiva contable (diligencia debida) contenidas en la *Foreign Corrupt Practices Act* de 1977 dictada en Estados Unidos, procurando salvar de este modo los arduos caminos del derecho penal europeo en materia de imputación.

a los artículos 5, 8 y 23 de la presente Convención. Los Estados Parte cuya legislación establezca una lista de delitos determinantes incluirán entre éstos, como mínimo, una amplia gama de delitos relacionados con grupos delictivos organizados;

c) A los efectos del apartado b), los delitos determinantes incluirán los delitos cometidos tanto dentro como fuera de la jurisdicción del Estado Parte interesado. No obstante, los delitos cometidos fuera de la jurisdicción de un Estado Parte constituirán delito determinante siempre y cuando el acto correspondiente sea delito con arreglo al derecho interno del Estado en que se haya cometido y constituyese asimismo delito con arreglo al derecho interno del Estado Parte que aplique o ponga en práctica el presente artículo si el delito se hubiese cometido allí;

d) Cada Estado Parte proporcionará al Secretario General de las Naciones Unidas una copia de sus leyes destinadas a dar aplicación al presente artículo y de cualquier enmienda ulterior que se haga a tales leyes o una descripción de ésta;

e) Si así lo requieren los principios fundamentales del derecho interno de un Estado Parte, podrá disponerse que los delitos tipificados en el párrafo 1 del presente artículo no se aplicarán a las personas que hayan cometido el delito determinante;

f) El conocimiento, la intención o la finalidad que se requieren como elemento de un delito tipificado en el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas.

4) Convenio de la Organización de Cooperación y de Desarrollo Económicos para la lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, publicado en el diario oficial el 30 de Enero de 2002. El referido Convenio expresa en su artículo 7º que cada parte (Estado) que haya dictaminado como delito predicado el cohecho de sus propios servidores públicos para efectos de aplicar sus leyes contra el lavado de dinero, deberá hacerlo en los mismos términos para el cohecho de un servidor público extranjero, independientemente del lugar donde éste haya ocurrido.

CAPÍTULO TERCERO

PERSECUCIÓN PENAL DEL LAVADO DE ACTIVOS

3.1.- ÓRGANOS PÚBLICOS QUE INTERVIENEN EN EL ANÁLISIS, LA INVESTIGACIÓN Y EL JUZGAMIENTO DEL LAVADO DE ACTIVOS. ACCIONISTAS Y SOCIEDADES

Los actos que desarrolla el Ministerio Público (por sí o a través de las Policías) y que en su caso pondera y sanciona el Poder Judicial, son, qué duda cabe, conductas de órganos del Estado, que poseen y ejercen una porción de potestad pública en el ámbito de sus competencias⁶². La conducta de cualquier órgano estatal es considerada un acto del Estado bajo el derecho internacional⁶³.

La investigación criminal de un delito de Lavado de Activos⁶⁴ que lleva adelante el Ministerio Público, y que en ciertas etapas es revisada por el órgano jurisdiccional respectivo⁶⁵, puede afectar una inversión extranjera. Ello puede tener lugar desde los inicios de la investigación, y en las distintas etapas procesales en que esta se desarrolla. En los delitos de lavado de dinero las medidas cautelares reales y la incautación de bienes son mecanismos que pueden conducir al comiso de los bienes cautelados o incautados⁶⁶. La incautación se dirige fundamentalmente a los efectos del delito (objetos, documentos) y a los instrumentos que han servido a la comisión de los

⁶² Un interesante debate, que excede los objetivos de esta investigación, tiene relación con las omisiones o conductas pasivas de los órganos del Estado. Véase GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. 2009. *Arbitraje de Inversión*. México. Porrúa. p.122.

⁶³ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. 2009. *Arbitraje de Inversión*. México. Porrúa. p.72.

⁶⁴ Utilizaremos indistintamente la expresión Lavado de Activos o Blanqueos de Capitales. Ambas expresiones, aunque con matices, se refieren al mismo fenómeno materia de este trabajo. Para un análisis exhaustivo de la nomenclatura en cuestión, véase PRAMBS, Claudio. 2005. *El Delito de Blanqueo de Capitales*. Santiago. Lexis Nexis. P.18 y siguientes.

⁶⁵ En Chile es el Juez de Garantía por regla general; en otras legislaciones se denomina Juez de Control de la Instrucción.

⁶⁶ CONTRERAS, Marcelo. 2004. *Las medidas cautelares y el comiso, con especial referencia a las modificaciones efectuadas por la Ley N° 19.913*. Boletín Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado Fiscalía Nacional. N° 1. p. 38.

delitos. Las medidas cautelares reales en cambio, se dirigen a asegurar las acciones civiles, y al pago de las multas y costas del proceso⁶⁷.

Para el inversionista extranjero, incluso para aquel que tenga sólo un porcentaje de participación en la empresa productiva investigada⁶⁸, el verse afectado por diligencias de investigación que paralizan el proyecto puede inducirle a invocar los acuerdos de protección y promoción de inversiones en tanto inversionista extranjero, y demandar al Estado receptor de la inversión ante tribunales arbitrales internacionales⁶⁹. Se ha considerado que el Derecho Internacional actual permite reclamaciones de los accionistas (ante el CIADI) en forma independiente de la sociedad, sin importar si esos accionistas son minoritarios o no controladores⁷⁰.

Puede ocurrir, asimismo, que los aportes de un inversionista extranjero en una empresa productiva se mezclen con recursos provenientes de los llamados delitos base o previos del lavado de activos. Sea que los recursos lícitos los aporte el propio

⁶⁷ CONTRERAS, Marcelo. 2004. *Las medidas cautelares y el comiso, con especial referencia a las modificaciones efectuadas por la Ley N° 19.913*. Boletín Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado Fiscalía Nacional. N° 1. p. 38.

⁶⁸ Resultará muy interesante analizar cómo el porcentaje de participación de un inversionista en una empresa determinada, y por tanto en su control, tiene injerencia en su facultad para accionar ante el CIADI. Véase al respecto GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. 2009. *Arbitraje de Inversión*. México. Porrúa. p.41 y 42. El autor reproduce en la página 103 parte de los considerandos del Laudo CMS v. Argentina: “El Tribunal por consiguiente no encuentra en el derecho internacional actual obstáculo alguno al concepto de permitir reclamaciones de los accionistas en forma independiente de la sociedad relevante, ni siquiera si esos accionistas son minoritarios o no controladores”. En cambio, la Decisión de Jurisdicción del caso QUIROBAX y otros v. Bolivia muestra una doctrina opuesta: (la empresa) *Non Mettalic Minerals S.A.* sólo puede actuar como demandante en este arbitraje si su accionista mayoritario es Quirobax (empresa chilena extranjera).

Por otra parte, conforme la Ley 20.848, se considerará inversión extranjera directa aquella que, dentro de los montos a que se refiere el inciso anterior, se transfiera al país y se materialice a través de la adquisición o participación respecto del patrimonio de la empresa o en el capital de la sociedad receptora de la inversión, constituida en Chile conforme a la ley chilena, en forma directa o indirecta, que le otorgue control de, al menos, el 10% del derecho a voto de las acciones de la sociedad, o de un porcentaje equivalente de participación en el capital social si no se tratare de una sociedad por acciones o en el patrimonio de la empresa de que se trate.

⁶⁹ Véase GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. 2009. *Arbitraje de Inversión*. México. Porrúa. p.106 que reproduce un interesante fallo en la materia en el caso *Goetz v, Burundi*: “... el Tribunal observa que la jurisprudencia CIADI no limita la capacidad para demandar a las personas morales afectadas directamente por las medidas litigiosas, las extiende a los accionistas de dichas personas, que son los verdaderos accionistas”.

⁷⁰ PÉREZ PACHECO, Yaritza. 2012. *Objeciones a la jurisdicción arbitral del CIADI*. CDT Vol. 4. N° 1: 316-333. p.322.

inversionista extranjero o un socio. Esto se denomina mezcla de bienes provenientes de delito base con bienes que tienen su origen en actividades lícitas⁷¹.

A partir de una investigación criminal, entonces, las actuaciones del Estado que signifiquen una Expropiación Indirecta o medidas equivalentes que tengan el mismo efecto, son ponderadas por los Tribunales Arbitrales Internacionales analizando cómo se conjugan el interés público nacional y los intereses patrimoniales de los inversionistas extranjeros. En el caso propuesto, entonces, el tribunal del CIADI se convertiría en una suerte de última instancia de carácter internacional. La doctrina y jurisprudencia arbitral han analizado latamente los conceptos de Expropiación Indirecta, y cómo las actuaciones de un Estado pueden afectar una inversión⁷².

Pero en materia criminal, por de pronto, las competencia de la justicia ordinaria y la de los tribunales creados en el contexto del CIADI son del todo diferentes. Los Tribunales del CIADI no juzgan hechos de carácter criminal.

Piénsese en el caso del accionista de una sociedad anónima que se transa en la bolsa, y que tiene una participación minoritaria en dicha empresa, la que a su turno es investigada en tanto persona jurídica por la eventual comisión de delitos de Lavado de Activos que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito haya sido consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión.

⁷¹ HERNÁNDEZ, Héctor. 2004. Informe en Derecho. Boletín Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado Fiscalía Nacional. Nº 4. p. 27. El autor recuerda la posición de algunos autores en cuanto a qué porcentaje de un bien debe provenir de un delito base para estimar si todo el objeto está contaminado. Propone fórmulas desde un 25% a un 5%. Lo interesante para nosotros es plantearnos qué pasa cuando un inversionista extranjero realiza un aporte menor en un proyecto productivo determinado, mezclando dineros ilícitos con otros lícitos.

⁷² Véase el excelente trabajo de GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. 2006. *Medidas equivalentes a expropiación en arbitrajes de inversión*. Revista Internacional de Arbitraje. Nº 4: 144-177.

En este caso, e independientemente del rol que el inversionista extranjero tenga en el proceso penal, esto es, sea o no imputado, o bien se hayan decretado o no medidas cautelares personales, ciertamente la investigación que desarrolla el Ministerio Público puede afectar su inversión. Desde una perspectiva jurídica, la imposibilidad absoluta o parcial de uso y goce de los bienes de capital implica una interferencia. Desde una perspectiva económica o comercial, el hecho de estar sujeta a una investigación por delitos de Lavado de Activos puede significar para una empresa productiva su desprestigio, falta de acceso al crédito, a las licitaciones públicas o la pérdida de contratos.

Bien entonces, en el contexto de una investigación criminal, concedida y ejecutada una medida intrusiva que afecte una inversión, puede sostenerse que el Ministerio Público ha logrado, en la etapa procesal respectiva, convencer al órgano jurisdiccional de su pretensión punitiva. Para el inversionista, se trata de una resolución judicial desfavorable, pero adoptada por un órgano público del Estado receptor de la inversión, y ante una jurisdicción con competencia en lo criminal. El inversionista extranjero, probablemente en los albores de su evaluación de proyecto, consideró la competencia arbitral del tribunal del CIADI (para estos efectos) como la instancia para resolver las eventuales diferencias de inversiones.

3.2.- AGOTAMIENTO DE LOS MEDIOS LOCALES

Bajo esta denominación, se describe la necesidad o en su caso obligación de acceder y agotar los recursos en el orden jurisdiccional interno en forma previa a la comparecencia ante los órganos jurisdiccionales internacionales. El artículo 26 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados así parece indicarlo: "...Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje..."

La expresión que utiliza el convenio referida a vías judiciales es suficientemente amplia para incluir en ella los procedimientos en sede penal. Entonces, Chile podría, eventualmente, objetar la jurisdicción del CIADI hasta el completo desarrollo y conclusión del proceso penal que se dice afectar la inversión, desde las etapas originarias de investigación desformalizada, hasta la completa sustanciación del proceso con efecto de cosa juzgada. Esta idea se reitera incluso a propósito de la evaluación que puede realizar un tribunal arbitral internacional del respeto a la garantía del trato justo y equitativo: para evaluar una eventual denegación de justicia es necesario previamente agotar los recursos (procedimientos) locales⁷³.

Sin embargo, y desde la perspectiva del inversionista extranjero cuya inversión está sujeta a una Medida Cautelar Real o a una Incautación, la demora en el desarrollo de las investigaciones desformalizadas, la ausencia de plazos distintos a la prescripción de la acción penal en forma previa a la formalización de la investigación, el secreto decretado en las indagatorias por Lavado de Activos que puede extenderse hasta 6 meses, los recursos procesales y el plazo legal de 2 años como máximo para concluir la investigación, entre otras instituciones, muestran que el proceso penal no se vislumbra como una instancia de resolución pronta de la diferencia que mantiene con el Estado receptor de una inversión. A ello es posible agregar las presiones de naturaleza política y de opinión pública respecto de un proyecto de inversión que se acusa de ilícito por utilizar recursos provenientes de operaciones ilícitas en el ámbito criminal.

En cualquier caso, y desde las primeras etapas de un procedimiento penal, siempre será necesario contar, según sea el estándar exigido para una medida intrusiva, cautelar personal, real, o convicción para condenar, con evidencia suficiente para acreditar el delito base punible del Lavado de Activos y la participación que se imputa. Tanto la existencia de un delito previo...origen de los bienes objeto de lavado, como el conocimiento de dicho origen son el objeto de prueba, en sede procesal, de este elemento del tipo⁷⁴.

⁷³ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. 2009. *Arbitraje de Inversión*. México. Porrúa. p.162.

⁷⁴ MATUS, Jean Pierre. 2004. *Informe sobre algunos aspectos sustantivos y procesales del delito de lavado de dinero del artículo 12 de la ley 19.366*. Boletín Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado Fiscalía Nacional. Nº 4. p. 10.

3.3.- INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

En el proceso penal es posible distinguir etapas de Investigación autónoma del Ministerio Público, Etapa Intermedia y Etapa de Juicio Oral. La primera etapa, denominada preparatoria o autónoma, corresponde a una indagación preliminar, por parte del Ministerio Público y la policía (bajo la dirección del Ministerio Público), de los hechos denunciados que revisten caracteres de delito⁷⁵. Su función principal es la recolección de antecedentes probatorios que permitan fundamentar la formulación de una acusación en contra de una persona determinada. Es posible que el Ministerio Público actúe autónomamente por un lapso más o menos prolongado...⁷⁶, sin intervención del Juez de Garantía y con la sola limitación del plazo de prescripción de la acción penal. Sus restricciones están dadas, desde luego, por la afectación de garantías fundamentales de las personas. Cualquier actuación de investigación que signifique una afectación de garantías requiere autorización judicial por parte de un Juez de Garantía. Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá autorización judicial previa⁷⁷.

El inicio de las investigaciones en materia de Lavado de Activos, tiene, por regla general, origen en una comunicación de la Unidad de Análisis Financiero dirigido al Ministerio Público, detectando y poniendo en conocimiento del órgano persecutor la existencia de una operación sospechosa, conforme los criterios referidos en la Ley 19.913. 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, sea que se realice en forma aislada o reiterada.

⁷⁵ Véase GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. 2009. Arbitraje de Inversión. México. Porrúa. p.108 que reproduce un interesante fallo en la materia en el caso *Tokios Tokeles v. Ucrania*. Se indica allí que las actividades que supuestamente violaban el Tratado de Inversión entre Ucrania y Lituania incluían investigaciones y embargos administrativos, entre otras. Destaca también el voto disidente, que aunque con otro objetivo, refiere la necesidad de analizar el origen del capital materia de la inversión.

⁷⁶ HORVITZ, María Inés; LÓPEZ, Julián. 2002. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile. p.490.

⁷⁷ Artículo 9º del Código Procesal Penal chileno.

La referida comunicación sirve de denuncia para el inicio de una investigación criminal por el delito de Lavado de Activos. Se pone en marcha entonces, toda la institucionalidad asociada a este tipo de investigaciones, y dada su especificidad, a las formas de desarrollar una investigación de esta naturaleza, a los plazos asociados, a las técnicas de indagación y recolección de evidencia, al régimen del secreto, a las comunicaciones con organismos auxiliares al Ministerio Público, y al registro de las actuaciones en la carpeta de investigación.

Se trata de una etapa de investigación preliminar, no contradictoria, generalmente no conocida por los afectados y sujeta a obligaciones de reserva. Es poco probable, en esta etapa, que un inversionista extranjero tenga conocimiento de la existencia de una investigación criminal que le afecte o pueda afectarle.

Ahora bien, el inversionista, sea en esta etapa imputado o no, goza de un control preliminar frente a las actuaciones del Ministerio Público, ejercido por un Juez. Sin embargo, sea por que el inversionista no conoce la investigación, o porque existe a su respecto un secreto, de no ser públicas o evidentes las actuaciones de investigación desarrolladas, no podrá conocer de su existencia.

Podemos avizorar, ya en esta parte, la intervención de al menos dos órganos del Estado cuyas actuaciones pueden hacer surgir la responsabilidad internacional del Estado: Ministerio Público y Tribunales de Justicia.

3.4.- INVESTIGACIÓN FORMALIZADA

La investigación formalizada, por su parte, tiene lugar a partir de una audiencia judicial en que se comunica a uno o más imputados el hecho de estar desarrollándose a su respecto una investigación criminal, informando su contenido y detalles suficientes para comprender la descripción del hecho típico. Generalmente esta acompañada de la solicitud de medidas cautelares personales, lo que exige informar al tribunal los antecedentes acopiados que dan cuenta de la existencia del delito investigado y de la

participación del imputado respecto de quien se solicitan las cautelares. Nótese que el imputado formalizado puede o no ser el inversionista extranjero afectado por una inversión. El artículo 27 de la Ley 19.913 agrega, por su parte, que la circunstancia de que el origen de los bienes materia de Lavado de Activos sea un hecho típico y antijurídico, no requerirá sentencia condenatoria previa, y podrá establecerse en el mismo proceso que se substancia la causa por Lavado de Dinero. Para efectos de nuestra investigación, se trata de un hecho de la mayor relevancia. Es posible concebir entonces el desarrollo de investigaciones criminales formalizadas que afectan directamente una inversión, y en que la propia ley no exige que exista una sentencia condenatoria recaída en las conductas constitutivas de delito base. Así por ejemplo, para sustanciar en Chile un proceso por blanqueo de capitales que afecta una inversión extranjera, deberemos acreditar un hecho típico y antijurídico, quizá cometido en el extranjero, más no necesariamente disponer de un fallo judicial que así lo establezca. La ley se refiere precisamente a hechos constitutivos de delitos, no exigiendo el que dichos hechos hayan sido sancionados ni que se encuentren determinadas personas responsables⁷⁸.

La investigación formalizada suspende la prescripción y da inicio al plazo de investigación formalizada de 2 años, o bien plazo judicial menor. También habilita para requerir autorización judicial en determinadas diligencias y, sobretudo, recabar desde el órgano jurisdiccional medidas cautelares, sean personales o reales.

3.5.- MEDIDAS INTRUSIVAS DE INVESTIGACIÓN

Las denominadas medidas intrusivas o cautelares probatorias en el proceso penal⁷⁹, corresponden a diligencias de investigación orientadas a obtener medios directos de prueba que construyan una hipótesis plausible de imputación respecto de

⁷⁸ MATUS, Jean Pierre. 2004. *Informe sobre algunos aspectos sustantivos y procesales del delito de lavado de dinero del artículo 12 de la ley 19.366*. Boletín Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado Fiscalía Nacional. N° 4. p. 10.

⁷⁹ Por oposición, para analizar las medidas provisionales en el procedimiento CIADI, véase PAZÓ, Nelly y YUBERO, Elena. 2007. *Aspectos procesales de la jurisdicción del CIADI: medidas provisionales y rechazo por manifiesta falta de fundamento*. Revista de Estudios Internacionales N° 158. 133-147.

haberse realizado con éxito la conducta típica y antijurídica precedente del lavado, y que de ésta se obtuvieron dineros o bienes que posteriormente fueron blanqueados en cualquiera de las dos hipótesis del artículo 27 de la Ley 19.913⁸⁰. Los medios de prueba que se presenten en el juicio deben llevar lógica y naturalmente a la conclusión de que determinados bienes se originaron en algún delito base y que posteriormente fueron blanqueados.

Dada la lógica del proceso penal en Chile, los medios de prueba adquieren relevancia en distintos institutos procesales: al solicitar medidas cautelares, al discutir una solicitud de sobreseimiento definitivo por no ser los hechos constitutivos de delito y durante el juicio oral en tanto prueba. No obstante, existe libertad de prueba para mostrar en cada etapa al tribunal todo aquello que puede generar convicción. La única limitación es, desde luego, recabar evidencia respetando las garantías fundamentales o, de afectarlas, contar con autorización judicial.

Para solicitar y decretar una medida intrusiva no es necesario que la investigación esté formalizada. Dada la complejidad de este tipo de investigaciones, y apostando al éxito en los resultados de la diligencia a realizar, usualmente el Ministerio Público desarrollará la diligencia sin conocimiento de la parte afectada por ella⁸¹.

Las medidas intrusivas pueden afectar una inversión, y recaer fundamentalmente sobre la propiedad en que se sustenta el proyecto productivo

⁸⁰ La distinción entre medidas intrusivas y cautelares reales ha sido materia de debate. La expresión Cautelares Reales tiende a ser utilizada en forma genérica, para contener todas aquellas medidas judiciales que recaen sobre bienes del demandado, con el objeto de satisfacer distintos fines. Así lo refiere CONTRERAS, Marcelo. 2004 en *Las medidas cautelares y el comiso, con especial referencia a las modificaciones efectuadas por la Ley N° 19.913*. Sin embargo, y siguiendo el criterio de MUÑOZ GAJARDO, Sergio en *Medidas Preventivas y Cautelares en la legislación nacional sobre el Lavado de Dinero*, es necesario distinguir entre las medidas cautelares probatorias de aquellas destinadas a asegurar la responsabilidad civil del imputado.

⁸¹ Véase artículo 236 del Código Procesal Penal: Autorización para practicar diligencias sin conocimiento del afectado: Las diligencias de investigación que de conformidad al artículo 9º requirieren de autorización judicial previa podrán ser solicitadas por el fiscal aun antes de la formalización de la investigación. Si el fiscal requiriere que ellas se lleven a cabo sin previa comunicación al afectado, el juez autorizará que se proceda en la forma solicitada cuando la gravedad de los hechos o la naturaleza de la diligencia de que se tratare permitiere presumir que dicha circunstancia resulta indispensable para su éxito. Si con posterioridad a la formalización de la investigación el fiscal solicitare proceder de la forma señalada en el inciso precedente, el juez lo autorizará cuando la reserva resultare estrictamente indispensable para la eficacia de la diligencia.

cuestionado. Y se definen por su efecto más que por su naturaleza. En su sentido común la palabra (medidas) es lo suficientemente amplia como para cubrir cualquier acto, paso o proceso, no impone un límite particular sobre su contenido material o el propósito perseguido⁸².

El concepto tradicional entiende la propiedad en función de sus atributos: dominio, uso y goce de bienes muebles o inmuebles.

El concepto de propiedad es hoy más amplio que el tradicional, y es posible extenderlo incluso a “los componentes de un proceso que genera riqueza”⁸³. En cualquier caso, el derecho de propiedad, y cuales sean sus elementos, debe estar siempre reconocido en los derechos nacionales⁸⁴.

Ahora bien, las medidas intrusivas que desarrolla el Ministerio Público son distintas a las medidas cautelares reales ordinarias a que se refiere nuestro Código Procesal Penal. Las primeras son funcionales al proceso penal y pretenden asegurar el resultado del ejercicio de la acción penal; las segundas corresponden a actos procesales que puede solicitar el Ministerio Público o la víctima ante el Juez de Garantía, con la finalidad de asegurar el resultado de la acción civil interpuesta o que se interpondrá en su oportunidad contra el imputado, por su responsabilidad derivada del hecho punible investigado.

Las denominadas medidas intrusivas generales contempladas en el Código Procesal Penal chileno corresponden a diligencias de Entrada y Registro en lugares cerrados con el objeto de recabar evidencia, Retención e Incautación de correspondencia, Interceptación de Comunicaciones e Incautación de Objetos y Documentos, etc.... Como se comprende, estas medidas pueden afectar la empresa productiva vehículo de la inversión, y en la medida que su efecto sea privar total o

⁸² GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. 2009. *Arbitraje de Inversión*. México. Porrúa. p.211, citando la doctrina del caso *Fisheries Jurisdiction Case* de la Corte Internacional de Justicia.

⁸³ Fallo *Methanex Corporation v/s United States of America*. UNCITRAL.

⁸⁴ FAYA RODRÍGUEZ, Alejandro. 2011. *¿Cómo se determina una expropiación indirecta bajo tratados internacionales en materia de inversión?*. http://works.bepress.com/alejandro_faya_rodriguez/58 (información al 01 de julio 2015).

sustancialmente al dueño de la inversión, del uso o del beneficio económico que razonablemente podría esperar⁸⁵, pueden dar lugar a una demanda ante un tribunal del CIADI. Ahora bien, el principal objetivo que se plantea la Fiscalía es el de obtener evidencia útil para sustentar razonablemente la acción penal. Esto incluye, por cierto, los objetos a cuyo respecto pudiere decretarse la pena de comiso con Sentencia Definitiva condenatoria. Como consecuencia, las evidencias incautadas (por ejemplo todos los computadores de una empresa o el dinero existente en una cuenta corriente mercantil) quedarán a disposición del Ministerio Público, el que, sin perjuicio de tercerías y otros institutos, la conservará hasta la resolución final del asunto mediante sentencia.

3.6.- CAUTELARES REALES

Como es sabido, las medidas cautelares pueden ser personales o reales. Las primeras bien pueden recaer en el inversionista e imponen limitaciones al derecho a la libertad personal. Habrá que analizar cómo las medidas judiciales radicadas en la persona del inversionista afectan una inversión. Las segundas, denominadas formalmente Medidas Cautelares Reales, pueden recaer en bienes de la empresa productiva vehículo de la inversión. Su establecimiento puede constituirse en una afectación al Derecho de Propiedad y al Derecho a desarrollar una actividad económica. El Juez de Garantía desarrolla una evaluación legal y de mérito a partir de la solicitud de la Fiscalía, y reconociendo la afectación de derechos eminentemente patrimoniales, permite conculcar algunos de ellos en beneficio del éxito de la investigación.

En materia de Lavado de Activos el Juez, por regla general y a falta de prueba directa, deberá construir presunciones con el objeto de fundar una medida destinada a

⁸⁵ PRIETO, María José. 2012. *Expropiación Indirecta por medidas cautelares en procedimiento tributario*. Revista Chilena de Derecho. Vol.39, n.3, p. 813.

evitar la conversión del provecho ilícito en actividades que oculten o disimulen su origen delictual⁸⁶.

El Código Procesal Penal determina en el artículo 157 qué medidas cautelares reales (que denominamos ordinarias por oposición a especiales de la Ley 19.913) pueden decretarse una vez formalizada la investigación. Se trata del Secuestro de la cosa que es objeto de la demanda, el Nombramiento de uno o más interventores, la Retención de bienes determinados, la Prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados y otras medidas innominadas. Su remisión al listado del Código de Procedimiento Civil, sus requisitos y objetivos, muestran claramente su carácter funcional a la demanda de la parte querellante. Su finalidad es satisfacer la pretensión civil de la víctima⁸⁷. Si bien su ejecución puede desde luego afectar un proyecto productivo (una inversión), su aplicación en el proceso penal es muy escasa y reservada en la práctica a Querellantes que pretenden asegurar el resultado de la acción en su dimensión civil. Estos intervinientes tienen muy pocas intervenciones en investigaciones por lavado de activos.

En cambio, las medidas cautelares reales especiales se estatuyen en las disposiciones de la Ley 19.913 que sanciona el lavado de activos. Atendido lo que dispone el artículo 32 de esta normativa, en la investigación de los delitos contemplados en los artículos 27 y 28 de la referida ley, el Ministerio Público (en forma exclusiva) podrá solicitar al Juez de Garantía que decrete cualquier medida cautelar real que sea necesaria para evitar el uso, aprovechamiento, beneficio o destino de cualquier clase de bienes, valores o dineros provenientes de los delitos materia del proceso. Para estos efectos y sin perjuicio de las demás facultades conferidas por la ley, el Juez podrá decretar, entre otras, la prohibición de celebrar determinados actos y contratos y su inscripción en toda clase de registros; retener en bancos o entidades financieras depósitos de cualquiera naturaleza que sean; impedir transacciones de acciones, bonos o *debentures*; y, en general, cuanto conduzca a evitar la conversión

⁸⁶ CONTRERAS, Marcelo. 2004. *Las medidas cautelares y el comiso, con especial referencia a las modificaciones efectuadas por la Ley N° 19.913*. Boletín Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado Fiscalía Nacional. N° 1. p. 47.

⁸⁷ *Ibid.* p. 40.

del provecho ilícito en actividades que oculten o disimulen su origen delictual. Esta extensión de las medidas cautelares reales especiales de la Ley 19.913 tiene como fin entregar un medio práctico que permita desarticular económicamente las redes que actúan en estos delitos⁸⁸.

Debe destacarse que estas medidas son siempre provisionales; pueden modificarse durante la sustanciación del proceso, y según los requerimientos y alegaciones de los intervinientes. Cualquiera sea el caso, la pérdida por parte de un inversionista del control efectivo y de los beneficios de una inversión⁸⁹ objeto de persecución penal, es una interferencia que puede estimarse una medida equivalente a expropiación. Sin embargo, los fallos arbitrales agregan dos adjetivos que dificultan nuestro análisis: la interferencia debe ser intensa y duradera⁹⁰. Si bien el comiso por sentencia ejecutoriada lo es, por esencia las medidas cautelares reales son accesorias al proceso y, como es sabido, provisionales en tanto se mantengan las circunstancias consideradas al momento de decretarse.

El legislador también denomina a estas medidas Cautelares Reales. Sin embargo, difieren en su finalidad de aquellas a que se refiere el artículo 157 del Código Procesal Penal, ya revisadas. Pueden ser solicitadas aun cuando la investigación no esté formalizada, incluso verbalmente en audiencia ante el Juez de Garantía⁹¹.

A su turno, la Ley 20.000 que sustituye la Ley 19.366 que sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas prescribe en su artículo 27 que el Ministerio Público podrá solicitar al Juez de Garantía que decrete (entre otras) medidas cautelares de carácter real, sin comunicación previa al afectado, que sean necesarias para evitar el uso, aprovechamiento, beneficio o destino de cualquier clase de bienes, valores o dineros provenientes de los delitos materia de la investigación. Para estos

⁸⁸ CONTRERAS, Marcelo. 2004. *Las medidas cautelares y el comiso, con especial referencia a las modificaciones efectuadas por la Ley N° 19.913*. Boletín Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado Fiscalía Nacional. N° 1. p.. 38.

⁸⁹ Citado por GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. 2009. *Arbitraje de Inversión*. México. Porrúa. p.148 y 224.

⁹⁰ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. 2009. *Arbitraje de Inversión*. México. Porrúa. p.231.

⁹¹ CONTRERAS, Marcelo. 2004. *Las medidas cautelares y el comiso, con especial referencia a las modificaciones efectuadas por la Ley N° 19.913*. Boletín Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado Fiscalía Nacional. N° 1. p.. 50.

efectos, y sin perjuicio de las demás facultades conferidas por la ley, el Juez podrá decretar, entre otras, la prohibición de celebrar determinados actos y contratos y su inscripción en toda clase de registros; retener en bancos o entidades financieras depósitos de cualquiera naturaleza que sean; impedir transacciones de acciones, bonos o debentures y, en general, cuanto conduzca a evitar la conversión del provecho ilícito en actividades que oculten o disimulen su origen delictual. También con la autorización del Juez de Garantía, otorgada de conformidad al artículo 236 del Código Procesal Penal, el Ministerio Público podrá, sin comunicación previa al afectado, recoger e incautar la documentación y los antecedentes necesarios para la investigación de los hechos, en caso de aparecer indicios graves que de esta diligencia pudiere resultar el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante para aquélla⁹².

El ejercicio de las Cautelares Reales especiales (que para nosotros corresponden a medidas cautelares probatorias) está reservado al Ministerio Público⁹³.

Debe destacarse, a partir de la técnica legislativa, que los bienes afectados por estas medidas pueden ser aquellos que se han obtenido a partir de la comisión de delitos base, o bien que provienen de estos, y también pueden corresponder a los denominados “bienes sustitutos”, vale decir, aquellos bienes que pasan a ocupar el lugar de un bien originalmente contaminado. Es lo que se denomina “lavado sustitutivo”⁹⁴. Las cuentas bancarias cuyos bienes fungibles corresponden a una mezcla de dinero limpio y de dinero contaminado, a su turno, plantean interesantes discusiones sobre qué monto del bien fungible dinero corresponde al ilícitamente obtenido. A nivel europeo ya se utiliza la expresión “decomiso ampliado” para extender el alcance de incautación y decomiso o bienes ajenos al hecho materia del lavado. El

⁹² El caso TSG Perú S.A.C contra Perú presenta un interesante ejemplo de medidas cautelares reales decretadas en un procedimiento tributario y que afectaron una inversión extranjera. La autoridad tributaria peruana aplicó medidas cautelares reales a la empresa TSG Perú S.A.C en el año 2004 que en la práctica le impidieron continuar operando. Las medidas aplicadas correspondieron a la inscripción de vehículos y embargo de valores,

⁹³ CONTRERAS, Marcelo. 2004. *Las medidas cautelares y el comiso, con especial referencia a las modificaciones efectuadas por la Ley N° 19.913*. Boletín Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado Fiscalía Nacional. N° 1. p. 61.

⁹⁴ HERNÁNDEZ, Héctor. 2004. Informe en Derecho. Boletín Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado Fiscalía Nacional. N° 4. p. 25.

decomiso recobra un auge desconocido como instrumento idóneo contra la criminalidad organizada, en una configuración cada vez más alejada de la concreta actividad criminal enjuiciada⁹⁵.

El estándar de las medidas cautelares gira en torno la invocación de antecedentes suficientes que den cuenta de la existencia de un hecho punible y de participación culpable. La mayoría de la doctrina reconoce como requisitos generales de estas medidas el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. El estándar para conceder medidas intrusivas no se describe en el Código Procesal Penal, pero puede sostenerse, y así ha sido en la jurisprudencia, que siempre debe acreditarse en las presentaciones de la Fiscalía la existencia de un hecho punible y de participación culpable, el humo de buen derecho y el peligro en la demora, circunscrito al ámbito penal. La participación imputada a determinada o determinadas personas genera un efecto no menor: la persona respecto de quien se solicita la medida adquiere la calidad de imputado⁹⁶, y no sólo estará en conocimiento de la existencia de una investigación criminal en su contra o que le pueda afectar, sino que podrá ejercer los derechos que se le reconocen en la ley dada su calidad de imputado.

Las medidas cautelares reales también pueden ser solicitadas respecto del tercero civilmente responsable o de cualquier otra persona que mantenga bienes y cuyo origen derive del delito investigado⁹⁷. Con todo, esta distinción parece innecesaria: sea desde la extensión de las conductas tipificadas en los artículos 27 y 28 de la Ley 19.913, sea en virtud de las hipótesis de participación contenidas en nuestro Código Penal, los terceros que mantengan bienes derivados de un delito de lavado de dinero serán propiamente partícipes del delito, sea en calidad de autores, cómplices o encubridores.

⁹⁵ PALOMO DEL ARCO, Andrés. 2002. *Asistencia internacional en el lavado de dinero*. En su: Cooperación Policial y Judicial en materia de delitos Financieros, Fraude y Corrupción. 1era edición. Salamanca. Ediciones Universidad de Salamanca: p.322.

⁹⁶ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. 2002. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. Tomo I, p. 437.

⁹⁷ CONTRERAS, Marcelo. 2004. *Las medidas cautelares y el comiso, con especial referencia a las modificaciones efectuadas por la Ley N° 19.913*. Boletín Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado Fiscalía Nacional. N° 1. p. 61.

3.7.- CAUTELARES PERSONALES

Las medidas cautelares personales recaen en la persona del imputado e imponen limitaciones al derecho a la libertad personal. Son aquellas medidas restrictivas o privativas de libertad personal que puede adoptar el tribunal en contra del imputado en el procedimiento penal, con el objeto de asegurar la realización de los fines penales del procedimiento⁹⁸. El estándar de las medidas cautelares personales gira en torno a la invocación de antecedentes suficientes que den cuenta de la existencia de un hecho punible y de participación culpable. Este trabajo se ha enfocado en diligencias de investigación que afectan una inversión, distintas a aquellas que puedan recaer en la persona del imputado. Sin embargo, las medidas en contra de la persona (física) del inversionista no han sido ajenas a los paneles arbitrales. Recordemos el caso *Roberts* (un inversionista encarcelado), en que el tribunal arbitral de inversiones sostuvo que el análisis es, en términos generales, si los extranjeros han sido tratados de conformidad con los estándares ordinarios de la civilización, y en el caso en cuestión, el encarcelamiento fue cruel e inhumano⁹⁹.

Otro caso es ilustrativo del efecto de las medidas en la persona del inversionista, y que el Tribunal respectivo consideró para estimar que se habían implementado medidas equivalentes a la expropiación. El caso *Bilouen v. Ghana*, versa sobre las medidas adoptadas por el Estado anfitrión para detener y demoler un proyecto, pero además para arrestar y expulsar al inversor (inversionista). El panel concluye que dado el rol central de la persona del inversionista, su expulsión impidió continuar con el proyecto materia de la inversión¹⁰⁰. La expulsión, aunque se configure como medida adoptada por la administración y no por un tribunal, tiene en nuestra opinión el mismo efecto que una privación de libertad, sea total o parcial, y puede provocar la misma consecuencia: impedir que el inversionista participe activamente (o

⁹⁸ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. 2002. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. Tomo I, p. 344 y 345.

⁹⁹ Citado por GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. 2009. *Arbitraje de Inversión*. México. Porrúa. p.148 y 149.

¹⁰⁰ Citado por GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. 2009. *Arbitraje de Inversión*. México. Porrúa. p.148 y 223 y 224.

al menos del modo en que se lo había propuesto en la evaluación del proyecto) en la empresa vehículo de la inversión.

3.8.- SECRETO EN LAS INVESTIGACIONES

El secreto en materia de investigaciones criminales corresponde a un acto privativo del Fiscal del Ministerio Público, y se regula en el artículo 182 del Código Procesal Penal. Como regla general, se puede decretar por hasta 40 días, y esta decisión puede ser dejada sin efecto o limitada por el Juez de Garantía, a solicitud de los intervinientes.

Siendo la publicidad de los registros de investigación la regla general respecto de los intervinientes, los fiscales deberán decretar su secreto, sólo en aquellos casos en que el mismo aparece como necesario para asegurar los fines de la investigación¹⁰¹. El secreto decretado en una investigación criminal o en sus piezas obedece a razones estratégicas: El fiscal espera, en los días que durará el secreto, desarrollar actuaciones cuya ejecución y resultado no sea conocido por los intervinientes (en especial el o los imputados) y asegurar de este modo su éxito.

En materia de lavado de activos la reglamentación del secreto de la investigación es más detallada y por cierto de corte menos garantista. La investigación de los delitos a que se refieren los artículos 27 y 28 de esta la ley 19.913 es siempre secreta para los terceros ajenos procedimiento y también para los terceros afectados por una investigación preliminar del fiscal. Respecto del imputado y de los demás intervinientes, la investigación será secreta cuando así lo disponga el fiscal, por un plazo máximo de seis meses, renovables con autorización del Juez de Garantía, por una sola vez y por igual término. A estas investigaciones no les será aplicable lo dispuesto en el artículo 186 del Código Procesal Penal (control judicial anterior a la

¹⁰¹ Oficio dictado por el señor Fiscal Nacional de Chile N° 060/2014, Ministerio Público de Chile.

formalización de la investigación por cualquier persona que se considera afectada por ella), en la medida que se haya decretado su secreto en los términos señalados.

El legislador demuestra de este modo que en este tipo de investigaciones y a propósito de estos delitos, las herramientas de investigación y recolección de evidencia requieren un tiempo mucho más prolongado para ejecutarse.

En nuestro caso, entonces, el inversionista extranjero, imputado o no de un delito, está en una situación incierta: O bien no conoce su carácter de imputado o investigado en lo que corresponde a una investigación preparatoria o preliminar, o conociéndolo y siendo entonces interviniente en términos formales, no tiene acceso a ciertas piezas de investigación. No puede así preparar su Defensa, ni tampoco poner a salvo bienes de capital o productivos. Mucho menos si no tiene el carácter de imputado.

3.9.- DELITOS PREVIOS O BASE

Nos referimos en esta parte a los delitos previos o conductas típicas y antijurídicas base del Lavado de Dinero. Como se ha indicado, no resulta exigible en modo alguno la existencia de una sentencia por el delito previo (base) 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 juicio oral¹⁰². ...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 este (particularmente si se trata de una sentencia extranjera), la disposición...se haría en buena parte ilusoria¹⁰³. En Chile además existe una norma que expresamente se refiere al punto:

¹⁰² MATUS, Jean Pierre. 2004. *Informe sobre algunos aspectos sustantivos y procesales del delito de lavado de dinero del artículo 12 de la ley 19.366*. Boletín Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado Fiscalía Nacional. Nº 4. p. 12.

¹⁰³ MATUS, Jean Pierre. 2004. *Informe sobre algunos aspectos sustantivos y procesales del delito de lavado de dinero del artículo 12 de la ley 19.366*. Boletín Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado Fiscalía Nacional. Nº 4. p. 12 y HERNÁNDEZ, Héctor. 2004.

“La circunstancia de que el origen de los bienes aludidos sea un hecho típico y antijurídico... no requerirá sentencia condenatoria previa, y podrá establecerse en el mismo proceso que se substancie para juzgar el delito tipificado en este artículo”¹⁰⁴.

Es posible plantear una suerte de aminoración en la exigencia probatoria de la existencia del delito previo, pues para condenar por blanqueo debemos partir de la existencia de ese delito precedente, aunque no se haya logrado probar las concretas circunstancias de comisión y participación que permitieran su enjuiciamiento¹⁰⁵.

A ello podemos agregar las hipótesis de negligencia inexcusable del conocimiento del origen de los bienes, conforme el artículo 27 de la Ley 19.913¹⁰⁶.

Ahora, naturalmente, la existencia de una sentencia condenatoria por tal delito (previo) resuelve en buena medida la necesidad de prueba al respecto en el proceso por lavado de dinero¹⁰⁷.

La primera condena en Chile por delito base cometido en el extranjero se contiene en el fallo en causa RUC N° 1500260473-3, RIT N° 3490-2015, ventilada ante el 9° Juzgado de Garantía de Santiago. La resolución en comento establece que a partir del mes de febrero de 2010 en adelante y hasta el año 2014, en la ciudad de Santiago de Chile, mientras se desempeñaba como trabajadora sexual de un club nocturno de esta ciudad, la condenada N.C.C. conoció a M.Z.R., quien se encontraba de visita en el país, iniciando una relación afectiva en virtud de la cual la imputada viajó en al menos 13 ocasiones y por períodos extensos hasta el año 2013, a la República de Honduras, lugar en el que se involucró directamente y con pleno conocimiento, en

Informe en Derecho. Boletín Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado Fiscalía Nacional. N° 4. p. 18, ambos citando a Sergio POLITOFF.

¹⁰⁴ Artículo 27 letra b) párrafo 4to de la ley 19.913 que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de Lavado y Blanqueo de Activos.

¹⁰⁵ PALOMO DEL ARCO, Andrés. 2002. *Asistencia internacional en el lavado de dinero*. En su: Cooperación Policial y Judicial en materia de delitos Financieros, Fraude y Corrupción. 1era edición. Salamanca. Ediciones Universidad de Salamanca. p. 313.

¹⁰⁶ Artículo 27 letra b) párrafo 3ero de la Ley 19.913: 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.

¹⁰⁷ HERNÁNDEZ, Héctor. 2004. Informe en Derecho. Boletín Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado Fiscalía Nacional. N° 4. p. 18.

las actividades ilícitas de M.Z.R, atendida su estrecha relación sentimental con M.Z.R, y la extensa y masiva difusión que los medios hondureños e incluso chilenos hicieron del inicio de la investigación en contra de M.Z.R., disponiéndose a cometer delitos de lavado de activos, tanto en Chile como en la República de Honduras, estos últimos a través principalmente de la recepción de depósitos de dineros provenientes de los ilícitos cometidos por M.Z.R. en Honduras, y a través de la adquisición de inmuebles en la ciudad de Tegucigalpa. Para este fin, la imputada recibió y suscribió en Honduras, diversos contratos de prestación de servicios a empresas de fachada creadas por el entramado ideado por M.Z.R., en los que declara ser experta en informática, decoradora de interiores y gestora inmobiliaria, con el objeto de aparentar la recepción lícita de dineros provenientes de dichos contratos, los cuales en realidad no fueron ejecutados, recibiendo la imputada los dineros de estas empresas a través de depósitos en su cuenta corriente, siempre con el fin de ocultar el origen ilícito de los mismos. En resumen, la imputada, con conocimiento directo del origen ilícito de los dineros obtenidos por M.Z.R., participó directamente de las maniobras de ocultamiento de los bienes y de disimulación del origen ilícito de los mismos, recibiendo dineros mediante giros directos, y adicionalmente suscribiendo contratos inexistentes, recibiendo a cuenta de ellos dineros en su cuenta corriente, e invirtiendo dichos dineros en inmuebles tanto en Chile como en Honduras, con el propósito de impedir que los dineros fueran localizados, incautados y recuperados. Los hechos antes descritos son constitutivos del delito de lavado de activos del artículo 27 letras a) y b) de la Ley 19.913 chilena y del artículo 3 de la ley de lavado de activos de Honduras, decreto 45-2002, en los cuales le corresponde participación como autora ejecutora conforme artículo 15 Nro. 1 del Código Penal a la acusada, y en grado de consumados¹⁰⁸. La acusación fiscal en el caso en comento refiere claramente que el incremento patrimonial de la condenada tiene como fuente únicamente el dinero proveniente de los delitos cometidos en Honduras.

A su turno, la cooperación internacional para proveer de sentencias firmes dictadas en el extranjero resulta fundamental para poner en conocimiento del juzgador,

¹⁰⁸ Véase el fallo íntegro en www.poderjudicial.cl.

en forma legal y oportuna, la situación del imputado en otros procesos penales, y especialmente la situación de sus bienes¹⁰⁹.

3.10.- PENAS ACCESORIAS

La Sentencia Condenatoria firme en materia de Lavado de Activos puede contener, en tanto pena accesoria, el comiso de los bienes incautados en la etapa de investigación.

El comiso puede definirse como una pena impuesta por el legislador al autor, cómplice o encubridor de un crimen, simple delito o falta, por el cual se le priva definitivamente del dominio de la especie o dinero que han sido efectos del delito o de los instrumentos con que se ejecutó¹¹⁰. Por efectos del delito se entiende el producto del delito y los objetos sobre los que recae¹¹¹. Para nosotros entonces, el comiso se extenderá al producto del delito base de lavado de dinero y al producto del lavado de dinero propiamente tal, es decir los bienes en que se han convertido los recursos blanqueados o bienes denominados sustitutos. Un buen ejemplo de lo anterior lo constituye la sentencia recién comentada. En dicho fallo se condenó, además de la pena privativa de libertad y de multa, a la pena de comiso de la totalidad de las especies incautadas en la etapa investigativa, y que correspondían a dos apartamentos ubicados en la ciudad de Tegucigalpa, Honduras, un vehículo motorizado, un inmueble ubicado en la ciudad de El Tabo, Chile, dos departamentos ubicados en la ciudad de Santiago de Chile, un vehículo tipo camión y dinero en efectivo.

¹⁰⁹ Véase el Reglamento Modelo sobre el delito de Lavado relacionado con el tráfico ilícito de drogas y otros delitos graves, elaborado por la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas que contiene normas para que una sentencia u orden judicial que condene al decomiso de bienes, productos o instrumentos relativos a lavado de activos expedida por un tribunal competente de otro Estado pueda ser admitida como prueba.

¹¹⁰ CONTRERAS, Marcelo. 2004. *Las medidas cautelares y el comiso, con especial referencia a las modificaciones efectuadas por la Ley N° 19.913*. Boletín Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado Fiscalía Nacional. N° 1. p. 68, citando a MUÑOZ GAJARDO, Sergio en "Medidas Preventivas y Cautelares en la legislación nacional sobre el Lavado de Dinero",

¹¹¹ CONTRERAS, Marcelo. 2004. *Las medidas cautelares y el comiso, con especial referencia a las modificaciones efectuadas por la Ley N° 19.913*. Boletín Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado Fiscalía Nacional. N° 1. p. 72, citando Mario GARRIDO MONTT en su obra *Derecho Penal Parte General*.

Aquí adquiere relevancia en nuestra investigación la incautación y el posterior comiso, en su caso, de bienes de la empresa productiva que se han aportado mediante una inversión extranjera que goza de la protección contenida en los Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones.

Conforme lo previsto en el artículo 31 del Código Penal chileno, toda pena que se imponga por un crimen o simple delito, lleva consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los instrumentos con que se ejecutó, a menos que pertenezcan a un tercero no responsable del crimen o simple delito.

La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988 contiene una detallada reglamentación para la detección, incautación y o posterior decomiso de los efectos de delitos de Tráfico de Drogas. La propia Convención refiere una serie de propuestas a los Estados que suscriben el instrumento, instando para que estos adopten en su derecho interno las medidas sugeridas¹¹².

La Ley 19.913 a su turno indica que si ha tenido lugar una asociación ilícita que se hubiere formado a través de una persona jurídica, se impondrá como consecuencia accesoria de la pena impuesta a los responsables individuales, la disolución o cancelación de la personalidad jurídica.

Por su parte, la misma ley hace aplicable en su artículo 33 lo previsto en la Ley 19.366 sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes¹¹³ y en cualquier otro cuerpo legal que se refiera a medidas cautelares e incautaciones, posibilidad de disponer medidas

¹¹² Esto determina en nuestra opinión que la reglamentación propuesta en la Convención no es autoejecutable, y por tanto debemos analizar la adopción de dichas propuestas en el derecho interno. Véase en esta parte el trabajo de MONTT, Santiago. 2005. *Aplicación de los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones por tribunales chilenos. Responsabilidad del Estado y expropiaciones regulatorias en un mundo crecientemente globalizado*. Revista Chilena de Derecho. Vol. 32 (1): p. 31 y siguientes.

¹¹³ Hoy en Chile corresponde a la Ley 20.000 que sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas.

cautelares sin comunicación previa al afectado, objetos susceptibles de incautación y comiso y destino de los bienes incautados o del producto de los mismos.

También, conforme lo dispone la ley 20.393 que estatuye la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el Tribunal puede disponer en su sentencia una o más de las siguientes penas:

1) Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica. Esta pena no se aplicará a las empresas del Estado ni a las personas jurídicas de derecho privado que presten un servicio de utilidad pública cuya interrupción pudiere causar graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad, como resultado de la aplicación de dicha pena.

2) Prohibición temporal o perpetua de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado.

3) Pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición absoluta de recepción de los mismos por un período determinado.

4) Multa a beneficio fiscal.

5) Las penas accesorias previstas en el artículo 13. Estas corresponden a:

5.1) Publicación de un extracto de la sentencia. El tribunal ordenará la publicación de un extracto de la parte resolutive de la sentencia condenatoria en el Diario Oficial u otro diario de circulación nacional. La persona jurídica sancionada asumirá los costos de esa publicación.

5.2) Comiso. El producto del delito y demás bienes, efectos, objetos, documentos e instrumentos del mismo serán decomisados.

5.3) En los casos que el delito cometido suponga la inversión de recursos de la persona jurídica superiores a los ingresos que ella genera, se impondrá como pena accesoria el entero en arcas fiscales de una cantidad equivalente a la inversión realizada.

3.11.- ERROR JUDICIAL

La indemnización por error judicial puede concebirse con un remedio *ex post* a la dictación de una sentencia condenatoria firme. Actualmente, nuestra Constitución Política de la República en su artículo 19 número 7 letra i), establece un sistema de responsabilidad del Estado/ Fisco, que opera sólo en materia penal y que procede sólo en casos de error judicial y no de mal funcionamiento del sistema de justicia. Así también entrega a la Excelentísima Corte Suprema el hecho de declarar el carácter de injustificadamente arbitrario o ilegal y su fundamento lo podemos encontrar en la compensación justa que se puede entregar a una persona que ha sido condenada por error judicial¹¹⁴.

El instituto de la Indemnización por Error Judicial corresponde a una respuesta normativa que permite corregir errores cometidos por el órgano jurisdiccional en materia criminal, y que exige una serie de requisitos latamente tratados en doctrina. El sentido de injustificado se relaciona con carencia de motivación o fundamento, mientras que arbitrario implica contrario a la justicia, la razón o las leyes.

El derecho a esta indemnización tiene fuente constitucional, y también se reconoce en la Convención Americana de Derechos Humanos. Se aplica en Chile al ámbito de sentencias en lo criminal, pero requieren un pronunciamiento especial de la Corte Suprema, órgano del Estado que tiene la supervigilancia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la nación. Luego, el instituto exige que la máxima autoridad judicial explicita la concurrencia de los requisitos de falta de justificación y arbitrariedad de la resolución impugnada.

Ahora bien, el inversionista extranjero afectado probablemente no esperará encontrar aquí una respuesta satisfactoria a sus pretensiones. Las garantías prometidas a su inversión al acogerse a los beneficios del Decreto Ley 600, y los

¹¹⁴ ALVAREZ, María Inés. 2013. *Crisis constitucionales y su influencia en el sistema de inversión extranjera. Institucionalidad Chilena y Responsabilidad del Estado en la protección al inversionista*. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Universidad de Chile. p. 107.

procedimientos previstos por los respectivos Acuerdos de Protección y Promoción de Inversiones, sugerirán acceder directamente ante la jurisdicción del CIADI, precisamente por no tener confianza en la justicia ordinaria del Estado anfitrión.

3.12.- COOPERACIÓN INTERNACIONAL

La transferencia de dinero proveniente de delitos de corrupción a paraísos fiscales o a entidades bancarias de países que se muestran indiferentes sobre el origen de los fondos, o la realización de actos ejecutivos del delito en otro Estado procurando diluir las pruebas de hechos caracterizables como corrupción, son sólo algunos ejemplos de prácticas desgraciadamente muy frecuentes¹¹⁵. Para perseguir a los autores de hechos constitutivos de corrupción es imprescindible contar con instrumentos eficaces de cooperación internacional. Pero también es necesario dirigir la mirada hacia los instrumentos utilizados para cometer delitos, o hacia el producto (provecho) de las actividades delictivas.

En delitos como el blanqueo de capitales, dada la facilidad existente para el movimiento de capitales, especialmente por procedimientos telemáticos, así como la dificultad de obtención de información bancaria inmediata de transacciones, se precisa, para una asistencia judicial mínimamente eficaz, de instrumentos jurídicos sumamente flexibles, operativos y ágiles...¹¹⁶.

Las necesidades de cooperación internacional en materia de blanqueo de dinero, vienen dadas por la propia naturaleza de los hechos (adquisición, ocultación, conversión, transmisión de bienes procedentes de un delito grave), por la forma en que se materializa el proceso de blanqueo (utilizando el sistema económico para ocultar, transmitir o integrar los bienes de procedencia delictiva), y por las características

¹¹⁵ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. 2002. *Cooperación judicial internacional en materia de delitos financieros y Corrupción: problemas de extradición*. En su: Cooperación Policial y Judicial en materia de delitos Financieros, Fraude y Corrupción. 1era edición. Salamanca. Ediciones Universidad de Salamanca: p.13.

¹¹⁶ PALOMO DEL ARCO, Andrés. 2002. *Asistencia internacional en el lavado de dinero*. En su: Cooperación Policial y Judicial en materia de delitos Financieros, Fraude y Corrupción. 1era edición. Salamanca. Ediciones Universidad de Salamanca.: p.312.

propias de las investigaciones, que en la mayoría de los casos tienen carácter internacional¹¹⁷. En el fallo comentado RUC N°1500260473-3, RIT N° 3490-2015 sobre Lavado de Activos, la República de Honduras formuló un Requerimiento de Asistencia Internacional, solicitando investigar un delito de lavado de activos en nuestro país, a partir de delitos base de lavado cometidos en Honduras.

La cooperación internacional en materia de persecución del delito de Lavado de Activos, se traduce en la suscripción y ejecución de acuerdos y convenciones internacionales en que los Estados coordinan las medidas necesarias para la inmovilización de capitales ilícitos que traspasan fronteras. En el ámbito internacional se ha reconocido que las medidas cautelares reales, la incautación y el comiso son un mecanismo efectivo en la lucha contra los delitos de lavado de activos...¹¹⁸. La mayoría de las solicitudes de cooperación judicial van dirigidas a la comprobación de circuitos financieros y/o embargo de activos patrimoniales¹¹⁹. Para ello es necesaria la promoción y consolidación de un espacio internacional común de persecución y represión del lavado de activos, mediante el fortalecimiento de la cooperación y asistencia judicial mutua en materia penal¹²⁰.

Existen una serie de Convenciones, Recomendaciones y/o Reglamentos modelo destinados a generar y promover la cooperación internacional en materia de medidas cautelares, incautación y decomiso¹²¹, y cuya implementación permiten desarrollar acciones concretas destinadas a congelar inversiones provenientes de un Estado asociadas al delito de lavado de activos, y afectar o interferir gravemente proyectos productivos implementados en un Estado receptor de la inversión. La

¹¹⁷ HEREDERO SALAMANCA Eusebio. Andrés. 2002. *La Asistencia internacional en materia de blanqueo de dinero, desde la práctica policial*. En su: Cooperación Policial y Judicial en materia de delitos Financieros, Fraude y Corrupción. 1era edición. Salamanca. Ediciones Universidad de Salamanca: p.396.

¹¹⁸ CONTRERAS, Marcelo. 2004. *Las medidas cautelares y el comiso, con especial referencia a las modificaciones efectuadas por la Ley N° 19.913*. Boletín Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado Fiscalía Nacional. N° 1. p. 51.

¹¹⁹ SÁNCHEZ ULLED, Emilio. 2002. *Cooperación judicial internacional. Especial referencia a los delitos relacionados con la corrupción*. En su: Cooperación Policial y Judicial en materia de delitos Financieros, Fraude y Corrupción. 1era edición. Salamanca. Ediciones Universidad de Salamanca: p.128.

¹²⁰ CONTRERAS, Marcelo. 2004. *Las medidas cautelares y el comiso, con especial referencia a las modificaciones efectuadas por la Ley N° 19.913*. Boletín Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado Fiscalía Nacional. N° 1. p. 51, citando a PRADO SALDARRIAGA, Víctor.

¹²¹ Ibid. p. 53.

cooperación penal internacional se basa en instrumentos que se caracterizan principalmente por el denominado principio de solicitud o petición, en cuya virtud un Estado soberano demanda, requiere o formula una petición a otro Estado soberano, el cual considerará si le dará curso¹²². En general los Estados pueden subordinar el cumplimiento de medidas de cooperación internacional, sea en materia de medidas cautelares o de aportación de información, a las condicionantes de doble tipificación de los delitos base de la solicitud (tipificación en el Estado requirente y en el Estado requerido) y de compatibilidad con el derecho interno del Estado requerido¹²³.

Algunos instrumentos internacionales que nos interesa destacar son:

- La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, conocida como Convención de Viena de 1988.
- Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional de 1990, entre las que destacan, para efectos de nuestro estudio, las referidas a medidas provisionales y de decomiso. La Recomendación 7 contiene una interesante doctrina: Indica que los países deberán contemplar (entre sus medidas, incluyendo las legislativas) sanciones económicas y civiles, y/o procedimientos judiciales, incluyendo los de tipo civil, con el objeto de anular los contratos concluidos entre las partes, cuando éstas sabían o deberían haber sabido que el contrato dañaría la capacidad del Estado para conseguir reclamaciones económicas. Para nosotros, entonces, los Estados podrían instar por la nulidad de los contratos suscritos con inversionistas extranjeros cuando estos tienen como base económica capitales que provienen del lavado de activos.
- Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia Organizada Transnacional, denominada Convención de Palermo. En su artículo 6º, esta Convención instruye que cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de

¹²² PALOMO DEL ARCO, Andrés. 2002. *Asistencia internacional en el lavado de dinero*. En su: Cooperación Policial y Judicial en materia de delitos Financieros, Fraude y Corrupción. 1era edición. Salamanca. Ediciones Universidad de Salamanca. p.324.

¹²³ Ibid. p. 314.

otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: a) i) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos; ii) La ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes o del legítimo derecho a éstos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito; b) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico: i) La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son producto del delito; ii) La participación en la comisión de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo al presente artículo, así como la asociación y la confabulación para cometerlos, el intento de cometerlos, y la ayuda, la incitación, la facilitación y el asesoramiento en aras de su comisión. En materia de cooperación internacional, el artículo 13 señala que los Estados Parte que reciban una solicitud de otro Estado Parte que tenga jurisdicción para conocer de un delito comprendido en la presente Convención con miras al decomiso del producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos... que se encuentren en su territorio deberán, en la mayor medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno: a) Remitir la solicitud a sus autoridades competentes para obtener una orden de decomiso a la que, en caso de concederse, darán cumplimiento; o b) Presentar a sus autoridades competentes, a fin de que se le dé cumplimiento en el grado solicitado, la orden de decomiso expedida por un tribunal situado en el territorio del Estado Parte requirente... en la medida en que guarde relación con el producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos ... que se encuentren en el territorio del Estado Parte requerido. A raíz de una solicitud presentada por otro Estado Parte que tenga jurisdicción para conocer de un delito comprendido en la presente Convención, el Estado Parte requerido adoptará medidas encaminadas a la identificación, la localización y el embargo preventivo o la incautación del producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos ... con miras a su eventual decomiso, que habrá de ordenar el Estado Parte

requiriente o, en caso de que medie una solicitud presentada con arreglo al párrafo 1 del presente artículo, el Estado Parte requerido.

- El Reglamento Modelo sobre delitos relacionados con el tráfico ilícito de drogas y otros delitos graves, elaborado por la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas. El referido Reglamento contiene normas expresas destinadas a facilitar la cooperación judicial entre Estados, con el objeto de identificar, detectar, embargar, incautar o decomisar bienes, productos o instrumentos relacionados con delitos de lavado de activos.

La Unidad de Análisis Financiero a la que ya nos referimos, por su parte, representa a Chile ante el Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT).

Conforme a ese rol, coordina el Sistema Nacional Antilavado de Activos y contra el Financiamiento del Terrorismo, en el que participan el Banco Central de Chile; los ministerios del Interior y Seguridad Pública, de Hacienda y de Relaciones Exteriores; las superintendencias de Bancos e Instituciones Financieras, de Valores y Seguros, de Casinos de Juego, y de Pensiones y de Seguridad Social; el Servicio de Impuestos Internos; el Servicio Nacional de Aduanas; el Consejo Nacional para el Control de Estupefacientes; y todos los sujetos obligados a informar de operaciones sospechosas¹²⁴.

3.13.- TERCERÍAS E INTERVENCIÓN DEL CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO DE CHILE, DEL CIADI Y DE OTROS ESTADOS

En este apartado trataremos brevemente la intervención que pueden tener sujetos ajenos al proceso penal en la sustanciación del mismo. Son intervinientes en el procedimiento penal el fiscal, el imputado, el Abogado Defensor, la víctima y el Querellante.

124 Sitio <http://www.uaf.cl/acerca/quehacemos.aspx>, (información al 10 de Septiembre de 2015).

Terceros ajenos al proceso pueden intervenir como terceristas. La tercerías corresponden a los incidentes que entablan ante al Juez de Garantía sujetos no intervinientes con el fin de obtener la restitución de objetos recogidos o incautados durante la investigación¹²⁵. Para nuestra investigación, resultará relevante analizar las solicitudes de tercería de inversionistas no imputados por delitos de lavado de activos, pero afectados por las medidas intrusivas implementadas en el proceso, o bien que sean dueños de capitales mezclados con fondos provenientes de lavado.

La resolución judicial que acoge una tercería se limita a declarar el derecho del reclamante, pero no da lugar a la devolución de los bienes sino hasta concluido el procedimiento por regla general.

Por su parte, puede también intervenir en el procedimiento penal el Consejo de Defensa del Estado, en calidad de Querellante. Se trata de un servicio público descentralizado, dotado de personalidad jurídica, bajo la supervigilancia directa del Presidente de la República e independiente de los diversos Ministerios. Conforme su ley orgánica, tiene por objeto, principalmente, la defensa judicial de los intereses del Estado.

Entre otras funciones, y en lo que nos convoca, le corresponde ejercer la acción penal, tratándose de delitos que pudieren acarrear perjuicios económicos para el Fisco u organismos del Estado. El Consejo ejerce la acción penal tratándose, especialmente, de delitos tales como malversación o defraudación de caudales públicos y aquellos que importen sustracción, pérdida o fraude de fondos del Fisco, organismos del Estado o de las entidades de derecho privado a las que el Estado o sus instituciones hagan aportes o subvenciones o en las cuales tengan participación mayoritaria o igualitaria. Asimismo, ejerce la acción penal tratándose de delitos cometidos en el desempeño de sus funciones o empleos por funcionarios públicos o empleados de organismos del Estado, de la Administración del Estado, de los gobiernos regionales, de las municipalidades, o de las instituciones o servicios

¹²⁵ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. 2002. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. Tomo I. p. 537.

descentralizados funcional o territorialmente. El Consejo ejercerá la acción penal tratándose, especialmente, de delitos tales como cohecho, soborno y negociación incompatible. Se trata de delitos de corrupción, base del Lavado de Activos.

Por su parte, los Estados extranjeros pueden tener intervención en el proceso penal en calidad de víctimas o querellantes, y conforme lo estatuye el derecho internacional. A su turno, los otros Estados pueden formular, del modo ya analizado, solicitudes de cooperación internacional a través de las autoridades competentes del país extranjero, con el objeto de desarrollar diligencias en Chile¹²⁶.

En la otra vereda, resulta interesante analizar qué ocurre si un Estado extranjero pretende intervenir en un proceso penal incoado en defensa de los intereses de un inversionista connacional de ese país. Su intervención no debería ser admitida por el Juez de Garantía. Ciertamente tampoco ante el tribunal del CIADI, de momento que el procedimiento arbitral precisamente estatuye un proceso entre un inversionista y un Estado, y no entre Estados, prohibiendo la vía diplomática y neutralizando el riesgo de que Estado actúe en defensa de los intereses de sus nacionales en contra de otros Estados¹²⁷.

Finalmente cabe preguntarse si el CIADI puede requerir del Estado receptor información y/o evidencia acerca del estado, desarrollo y contenido de los procesos penales que se llevan adelante ante los tribunales nacionales, o imponer o sugerir medidas provisionales (cautelares). Conforme lo previsto en el artículo 47 de la Convención, salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal, si considera que las circunstancias así lo requieren, podrá recomendar la adopción de aquellas medidas provisionales que considere necesarias para salvaguardar los respectivos derechos de las partes. De acuerdo con esta regla 39 del Reglamento de Arbitraje Internacional CIADI, en cualquier etapa una vez incoado el procedimiento, cualquiera de las partes puede solicitar que el Tribunal recomiende la adopción de medidas provisionales para la salvaguardia de sus derechos. La solicitud deberá especificar los derechos que se

¹²⁶ Artículo 20 Bis del Código Procesal Penal.

¹²⁷ MAYORGA, Roberto, MORALES, Joaquín, POLANCO, Rodrigo. 2005. *Inversión Extranjera, Régimen Jurídico y Solución de Controversias*. Santiago. Lexis Nexis. p. 192.

salvaguardarán, las medidas cuya recomendación se pide, y las circunstancias que hacen necesario la dictación de tales medidas. El tribunal pueda recomendar de oficio este tipo de medidas o bien ordenar las que estime apropiadas. En cuanto a los derechos cuya salvaguarda se pretende, la petición generalmente incluirá la de no agravar la controversia, que el laudo sea susceptible de cumplirse y no se transforme en extemporáneo y, desde el punto de vista procesal, el resguardo de la prueba, la confidencialidad del procedimiento, etc....¹²⁸

En cuanto al tipo de medidas cuya recomendación se puede solicitar, la Convención se refiere simplemente a aquellas medidas que el Tribunal considere necesarias. La jurisprudencia del CIADI nos indica que van desde la petición de obtener documentos y resguardar la prueba y las evidencias que puedan desaparecer; la petición de garantías; que se impida la existencia de un procedimiento judicial paralelo en los tribunales locales de uno de los Estados de las partes e incluso que se sancione o paralice una propaganda o publicidad considerada hostil por una de las partes y que tienda a agravar el conflicto¹²⁹. La naturaleza de las medidas a ser recomendadas dependerá de las circunstancias particulares del caso y de los derechos que se deban proteger. Es por ello que incluso se podrá solicitar...una medida que deba ser adoptada en un Estado que no sea parte en el procedimiento. Si bien esta última circunstancia dificulta el cumplimiento de la medida, los tribunales locales deberán considerar que si el Estado al que pertenecen es Parte en la Convención están obligados a asegurar de buena fe que se cumpla su objetivo¹³⁰.

Para nosotros, sin embargo, el CIADI no tiene facultades para requerir desde los órganos encargados de la persecución y sanción penal información o actuación alguna por expresa disposición legal en el artículo 20 Bis del Código Procesal Penal. No obstante, por vía indirecta, en el caso el caso *FLUGHAFEN ZÜRICH A.G. y GESTIÓN E INGENIERÍA IDC S.A.* y la *REPÚBLICA BOLIVARIANA DE*

¹²⁸ PAZÓ, Nelly y YUBERO, Elena. 2007. Aspectos procesales de la jurisdicción del CIADI: medidas provisionales y rechazo por manifiesta falta de fundamento. Revista de Estudios Internacionales Nº 158. p. 137.

¹²⁹ Ibid. p. 138.

¹³⁰ Ibid. p. 138

VENEZUELA¹³¹, el Tribunal requirió información al Estado anfitrión en relación a procesos penales¹³², en su calidad de parte en el proceso arbitral.

3.14.- RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Un importante avance en la legislación chilena en materia de Lavado de Activos lo constituye la dictación de la Ley 20.393 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica la norma.

A nivel local, como ya se ha indicado, se ha incentivado el ingreso a Chile de capitales extranjeros y, a su vez, la llegada de compañías internacionales, promoviendo regímenes de invariabilidad tributaria y otros beneficios que permitan desarrollar inversiones seguras y de largo plazo. Ello resulta especialmente palpable en el principal sector productivo de Chile: La minería¹³³.

Este escenario entonces, fomenta el crecimiento de las economías y genera una creciente necesidad de implementar medidas concretas tendientes a garantizar el libre acceso a los mercados, la competitividad y la legalidad de las relaciones comerciales.

Ello sin embargo, puede dar lugar a fisuras en el modelo, que permiten el desarrollo de actividades ilícitas por parte de las empresas que si sirven de sus estructuras, y de su institucionalidad, para lograr ventajas no contempladas en el

¹³¹ Este caso ha llegado a nuestro conocimiento gracias al aporte del destacado profesor Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO.

¹³² Reza el laudo: "Durante la Audiencia de este procedimiento, el Tribunal Arbitral pidió a las partes, y en especial a Venezuela (pues las Demandantes no son partes en el proceso penal), que aportaran información sobre el proceso penal en curso".

¹³³ En esta parte seguimos de cerca la ponencia del autor de esta investigación en la conferencia "*Joining Forces to Asset Recovery and Counteraction International Corruption*", celebrada entre los días 9 y 11 de Marzo del año 2011, en la ciudad de Almaty, República de Kazajstán, y preparada en conjunto con la Unidad especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado de la Fiscalía de Chile.

ordenamiento jurídico. Ello es así especialmente en materia de licitaciones públicas o actividades productivas de envergadura, en que existen importantes sumas de dinero involucradas, y a las que se intenta acceder, a veces, de modo ilegal.

Los Estados firmantes de la Convención para combatir el cohecho a funcionarios públicos extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, deben diseñar modelos normativos de control y sanción de aquellas conductas que se aparten de estos valores.

Chile, para dar cumplimiento a las normas de la Convención indicada, estableció el delito de cohecho a funcionarios públicos extranjeros.

Conforme esta nueva legislación, se dieron facultades a los tribunales nacionales para pronunciarse sobre un cohecho de funcionarios públicos extranjeros cometido fuera de nuestro país por chilenos o por extranjeros con residencia habitual en Chile.

Sin embargo, la experiencia muestra que, en la mayoría de los casos, son las empresas, las grandes compañías internacionales, las que intervienen en negocios donde el funcionario público de la administración del Estado tiene un rol activo en la gestación, desarrollo y control de una actividad económica específica.

Uno de los objetivos de la Convención es que los Estados signatarios establezcan un sistema de sanciones a las personas jurídicas que intervienen en el delito de cohecho a funcionario público extranjero en transacciones internacionales.

En relación con ello se encuentra actualmente vigente en nuestro país la Ley Nº 20.393 desde el mes de Noviembre de 2009, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y cohecho de un funcionario público nacional o de uno extranjero. Ello bajo la fórmula de que las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados anteriormente que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su

provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión.

Bajo los mismos presupuestos del inciso anterior, serán también responsables las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior.

La ley 20.393 constituye un estatuto absolutamente original y sin parangón en el diseño de imputación penal en Chile; un adelanto que alcanza los más altos estándares internacionales en estas materias. Establece los requisitos para hacer responsable penalmente a una persona jurídica, el procedimiento para su investigación y las sanciones aplicables. Además, sus disposiciones abordan el ámbito preventivo, destacando la conveniencia de que las personas jurídicas desarrollen y apliquen eficientemente, en su quehacer habitual, modelos de prevención de delitos (códigos de conducta para su personal), y la importancia que ello representa para no originar responsabilidad a la respectiva persona jurídica.

En relación a la investigación de estos delitos, la experiencia muestra que resulta fundamental desarrollar diligencias tendientes a conocer la calidad del funcionario público, el rango o categoría de este en la administración pública, su nivel de atribuciones e ingresos. Asimismo, conocer el mercado en que las actividades económicas tienen lugar, y la forma en que estas se desarrollan lícitamente.

Por su parte, es imprescindible conocer los movimientos financieros de las empresas que se estiman intervienen en sobornos a funcionarios públicos, de modo de establecer desvío de fondos a terceras personas, atendiendo especialmente al cumplimiento de la normativa tributaria.

La ley chilena permite perseguir y condenar a la persona jurídica aun cuando no se hubiera podido establecer la participación de él o los responsables individuales, sea durante la investigación o en el respectivo juicio. Lo que exige la ley, en todo caso, es que se acredite que el delito debió necesariamente ser cometido dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias de los dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión de la persona jurídica, cuando el delito es cometido directa e inmediatamente en el interés de la persona jurídica o para su provecho, y como consecuencia del incumplimiento por parte de ésta de sus deberes de dirección y supervisión.

Teniendo presente dicho objeto, la investigación debe orientarse en primer término, a recabar antecedentes que permitan acreditar que la persona natural que cometió el delito de cohecho, tenía alguna de las calidades requeridas por la ley:

- Dueños;
- Controladores,
- Responsables,
- Ejecutivos principales,
- Representantes,
- Quienes realicen actividades de administración y supervisión, o
- Personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados anteriormente. En este último caso habrá que acreditar la relación de dependencia o supervisión directa.

Luego, el delito base de cohecho, debe haber sido cometido en interés o provecho de la persona jurídica.

En consecuencia, deberán decretarse diligencias, principalmente de carácter financiero contable, tales como levantamientos patrimoniales y pericias, a efecto de establecer el interés o el provecho de la empresa, puesto que las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero. Sin

perjuicio de ello, debe tenerse presente, que el interés o provecho no es exclusivamente pecuniario y podría considerarse un interés o provecho inmaterial, como por ejemplo la mejor posición de la persona jurídica en el mercado, para lo cual habrá que dirigir la investigación hacia dicho objeto, debiendo el fiscal decretar diligencias encaminadas a acreditar tal beneficio.

Conforme esta normativa, la ley 20.393 regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de los delitos previstos en el artículo 27 de la ley N°19.913, en el artículo 8° de la ley N°18.314 y en los artículos 250 y 251 bis del Código Penal; el procedimiento para la investigación y establecimiento de dicha responsabilidad penal, la determinación de las sanciones procedentes y la ejecución de éstas.

El artículo 3° de la normativa analizada indica que las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1° de la ley, que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión.

Bajo los mismos presupuestos del inciso anterior, serán también responsables las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior.

Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir la comisión de los delitos indicados, en base a un detallado modelo de *compliance*.

Las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un

tercero. Ahora bien, la responsabilidad de la persona jurídica será autónoma de la responsabilidad penal de las personas naturales.

También podrá perseguirse dicha responsabilidad cuando, habiéndose acreditado la existencia de alguno de los delitos del artículo 1° y concurriendo los demás requisitos previstos en el artículo 3°, no haya sido posible establecer la participación de el o los responsables individuales, siempre y cuando en el proceso respectivo se demostrare fehacientemente que el delito debió necesariamente ser cometido dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias de las personas señaladas en el inciso primero del mencionado artículo 3°.

Las penas que contempla la normativa comentada son:

- 1) Disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica.
- 2) Prohibición temporal o perpetua de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado.
- 3) Pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición absoluta de recepción de los mismos por un período determinado.
- 4) Multa a beneficio fiscal.
- 5) Las penas accesorias previstas en el artículo 13, y que corresponden a la publicación de un extracto de la sentencia, el comiso del producto del delito y demás bienes, efectos, objetos, documentos e instrumentos del mismo, y, en los casos en que el delito cometido suponga la inversión de recursos de la persona jurídica superiores a los ingresos que ella genera, se impondrá como pena accesoria el entero en arcas fiscales de una cantidad equivalente a la inversión realizada.

CAPÍTULO CUARTO

ARBITRAJE INTERNACIONAL EN MATERIA DE INVERSIONES

4.1.- INTRODUCCIÓN

El CIADI es una organización internacional de carácter público creada mediante un tratado internacional: el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965. Este instrumento se basó en la necesidad de generar cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado. La creación de este mecanismo obedeció, igualmente, al reconocimiento de las inevitables diferencias que surgen entre los Estados receptores de la inversión y de los inversionistas y la necesidad de contar con una herramienta adecuada para su solución¹³⁴. Se crea un procedimiento y una fórmula para designar un tribunal arbitral.

En principio bien se ha considerado que las actuaciones de la autoridad gubernamental de un país pueden estimarse parte de los “riesgos políticos” a que se somete toda inversión¹³⁵. Probablemente una evaluación comercial del proyecto empresarial de una inversión extranjera deba siempre considerar esta variable. La relevancia del análisis riesgo-país en el contexto de la inversión es que influye sobre su retorno¹³⁶. Un simple incumplimiento contractual (del Estado anfitrión o receptor de la inversión) es parte del riesgo comercial normal y un inversionista debería anticipar su ocurrencia sin acudir a los remedios ofrecidos por un tratado¹³⁷. Estos riesgos se definen como aquellos que tienen su causa en la actuación de las autoridades del

¹³⁴ VÁSQUEZ, María Fernanda. 2006. *Arbitraje ante el CIADI: aspectos relevantes y reflexiones sobre su operatividad*. Revista Derecho de la Empresa Legis. Santiago de Chile, en http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/A/arbitraje_ante_el_ciadi/arbitraje_ante_el_ciadi.asp (información al 10 de Septiembre 2015).

¹³⁵ FERNÁNDEZ, Enrique. 2007. *Expropiación indirecta y arbitraje de inversiones extranjeras*. Revista Internacional de Arbitraje. Nº 7: p 11 y 12.

¹³⁶ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. 2009. *Arbitraje de Inversión*. México. Porrúa. p.7.

¹³⁷ SCHREUER, Christoph. 2006. *Tratamiento justo y equitativo*. Revista Internacional de Arbitraje. Nº 5: p. 73.

Estado receptor de inversiones, y cuyo fundamento radica en razones de seguridad, interés público, protección del medio ambiente, etc...

La persecución penal de delitos de lavado de activos, internacionalmente perseguidos y respecto de los cuales existen instrumentos internacionales de cooperación y persecución, no contempla limitaciones normativas que inhiban o suspendan el ejercicio de la acción penal pública por existir procesos arbitrales internacionales en materia de inversiones que se encuentren pendientes. Existen, al menos normativamente en Chile, las cuestiones civiles previas contempladas en el artículo 171 del Código Procesal Penal. Estas excepciones permitirían hipotéticamente a un inversionista imputado por una investigación criminal que afecta su inversión, intentar ante el Juez de Garantía la suspensión del proceso hasta cuando se resuelva la cuestión no penal (la interferencia en la inversión) en sede CIADI. Probablemente el delito base del Lavado de Activos, o este delito propiamente tal, sean anteriores a la inversión extranjera y difícilmente fructificará una alegación de esta naturaleza ante un Juez de Garantía.

En la otra vereda, a su turno, en la mayoría de las jurisdicciones, el tribunal arbitral no tiene obligación de suspender el proceso en caso que una investigación criminal sobre asuntos que puedan ser relevantes para el arbitraje esté pendiente¹³⁸.

4.2.- JURISDICCIÓN DEL CIADI

Conforme las competencias que se le reconocen a los tribunales del CIADI como órgano jurisdiccional internacional a partir de la suscripción del Convenio de Washington, y luego en la firma de un sinnúmero de tratados de promoción y protección de inversiones, el Estado de Chile ha renunciado a una porción de sus facultades soberanas, otorgando (o reconociendo) que el ejercicio de algunas funciones judiciales que generen efecto en Chile se radican en tribunales

¹³⁸ MOURRE, Alexis. 2008. *Medidas Arbitraje y derecho penal: competencia, arbitrabilidad y derechos del tribunal arbitral*. Revista Internacional de Arbitraje. Nº 9: p 53.

internacionales¹³⁹. Esto no es nuevo, y bien sabemos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o la Corte Internacional de la Haya tienen jurisdicción, en sus ámbitos de competencias, para resolver conflictos jurídicos con fuerza de cosa juzgada en Chile.

El Estado de Chile reconoce competencias a tribunales internacionales con competencia en lo criminal. Si bien bajo una primera mirada, las investigaciones en materia de lavado de activos parecen desde luego ser de competencia de los tribunales chilenos respecto de los delitos cometidos en Chile, ciertamente el reconocimiento de los efectos de las sentencias extranjeras en Chile y las competencias (acotadas¹⁴⁰) del tribunal penal internacional, muestran que el Estado de Chile ha renunciado, en algunos casos, a sus competencias en materia penal.

Ahora bien la resolución de conflictos en materia de protección de inversiones ha debido enfrentar en una primera etapa la denominada “denegación de justicia” por parte de los países en vías de desarrollo, que defendiendo el estándar de trato nacional, privilegiaban la aplicación del derecho interno, y la resolución de diferencias en materia de inversiones en sede ordinaria (nacional)¹⁴¹. Luego, el derecho internacional consuetudinario (tanto en el campo de la protección diplomática como en el campo de los derechos humanos) establece la regla del agotamiento de los remedios o recursos locales como requisito para plantear una reclamación a nivel internacional¹⁴²y¹⁴³. En tercer lugar, los Tratados Bilaterales de Inversión han decidido modificar esta regla, y evitar la exigencia de agotamiento de remedios locales¹⁴⁴. Lo

¹³⁹ Asimismo los Estados renuncian a la Inmunidad de Jurisdicción, aceptando someterse a las reglas de arbitraje y a someter las controversias que surjan con inversionistas extranjeros a un Arbitraje Internacional.

¹⁴⁰ En términos generales, el genocidio, los crímenes de guerra y de lesa humanidad.

¹⁴¹ Esto corresponde a la aplicación de la conocida Doctrina Calvo.

¹⁴² MONTT, Santiago. 2005. *Aplicación de los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones por tribunales chilenos. Responsabilidad del Estado y expropiaciones regulatorias en un mundo crecientemente globalizado*. Revista Chilena de Derecho. Vol. 32 (1). p. 48.

¹⁴³ En relación a las acciones que el ordenamiento jurídico nacional reconoce a los inversionistas extranjeros, revítese el excelente trabajo de MORALES, Joaquín. y POLANCO, Rodrigo. 2002. *Jurisdicción internacional versus jurisdiccional nacional*. Gaceta Jurídica. Nº 268. p. 7-34.

¹⁴⁴ MONTT, Santiago. 2005. *Aplicación de los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones por tribunales chilenos. Responsabilidad del Estado y expropiaciones regulatorias en un mundo crecientemente globalizado*. Revista Chilena de Derecho. Vol. 32 (1). p. 49.

anterior es sin perjuicio de la regla de opción de jurisdicción y de jurisdicción complementaria¹⁴⁵.

Para este trabajo, sin embargo, el problema fundamental radica en que las competencias del CIADI (de los tribunales que se conforman a partir de las normas del CIADI) y de los tribunales ordinarios nacionales de justicia en materia penal, son del todo diferentes. El arbitraje y el derecho penal aparentan vivir en dos planetas distantes, cuyos caminos no parecen cruzarse nunca¹⁴⁶. El Arbitraje tiene por propósito dirimir controversias privadas¹⁴⁷. El Derecho Penal, sancionar criminalmente las conductas que afectan bienes jurídicos que se estiman valiosos.

Debemos preguntarnos en consecuencia si el procedimiento penal y el arbitral pueden relacionarse o ejercer influencia uno respecto del otro, o si los procesos pueden conversar entre sí.

Un caso interesante al efecto es QUIROBAX S.A., *Non Metallic Minerals* S.A. y Allan Fosk Kaplún v. Bolivia, y que corresponde a una Decisión de Jurisdicción propiamente tal. Dicho caso CIADI trata la demanda de una empresa minera chilena en contra del Estado Plurinacional de Bolivia, atendido que dicho país no habría protegido las inversiones (extranjeras) de la demandante al revocar concesiones mineras. En Bolivia fue incoado un proceso penal, resultando condenado uno de los accionistas de la demandante (accionista de *Non Metallic Minerals* S.A.), por haber fabricado pruebas para lograr establecer la existencia de jurisdicción *ratio personae* a efectos del arbitraje CIADI, violando gravemente el principio de buena fe. Específicamente se habrían falsificado actas de juntas generales de accionistas de la demandante, registros de

¹⁴⁵ La regla de Opción de Jurisdicción se denomina por Santiago Montt “*fork on the road*”: El inversionista elige entre someter el asunto a los tribunales locales o ante un tribunal internacional; luego de realizada la elección la otra alternativa queda completamente descartada. La denominada “jurisdicción complementaria” por su parte, habilita para iniciar reclamaciones ante tribunales internacionales aún cuando originalmente se haya accionado en sedes nacionales, pero renunciando a las acciones en estas últimas.

¹⁴⁶ MOURRE, Alexis. 2008. Medidas Arbitraje y *derecho penal: competencia, arbitrabilidad y derechos del tribunal arbitral*. Revista Internacional de Arbitraje. Nº 9: p 11.

¹⁴⁷ *Ibid.* p. 11.

accionistas y títulos accionarios con el objeto de aprobar ventas de acciones a inversionistas extranjeros.

La demandante, entre otras alegaciones, criticó el inicio de una “demanda” penal paralela al arbitraje, acusando infracción al artículo 26 del Convenio de Washington¹⁴⁸, y solicitó que se dejaran sin efectos los procedimientos penales en curso, requiriendo desde el tribunal CIADI la implementación de medidas provisionales. El Tribunal CIADI ordenó a la parte demandada (el Estado de Bolivia) tomar todas las medidas necesarias para suspender el proceso penal en Bolivia contra (algunos de) los demandantes, y asimismo abstenerse de iniciar nuevos procesos penales que pudieran poner en riesgo la integridad procesal del arbitraje.

Durante el proceso arbitral sobre la decisión de jurisdicción, las partes aportaron pruebas (fundamentalmente pericial e indiciaria) para intentar acreditar y refutar indistintamente el fraude y la falsificación de actas de accionistas y documentos representativos de las operaciones entre las empresas de la demandante y la empresa (boliviana) dueña de las concesiones mineras. Entre ellas, Bolivia refiere la confesión por parte de uno de los dueños de la sociedad boliviana dueña de las concesiones, acerca de la “fabricación” de un acta determinada. Sin embargo, el Tribunal CIADI no adquirió convicción acerca de la falsificación de dicho documento.

El panel de árbitros estimó que la carga probatoria acerca de la comisión de conductas contrarias a las leyes y reglamentos del Estado receptor por parte del inversionista extranjero recaía precisamente en el Estado anfitrión que alega tal ilegalidad. Pero esto no significa que la ilegalidad de la inversión sólo pueda declararse “judicialmente”, es decir por decisión de una corte de Bolivia...¹⁴⁹

¹⁴⁸ Artículo 26 del Convenio de Washington: Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio.

¹⁴⁹ Decisión de Jurisdicción en QUIROBAX S.A., *Non Metallic Minerals S.A.* y Allan Fosc Kaplún v. Bolivia. p. 96.

Para efectos de nuestro estudio, el caso en comento recoge una doctrina fundamental al analizar el contenido del principio de legalidad propio de toda inversión que se pretenda protegida: El requisito de legalidad contenido en el Tratado Bilateral de Inversión tiene limitaciones en razón de la materia y temporales. En razón de la materia, dado que se limita (extiende solamente) a violaciones no triviales del orden jurídico del Estado receptor (creemos ciertamente que la infracción penal en materia de Lavado de Activos lo es), violaciones del régimen de inversiones del Estado receptor y fraude. Las limitaciones temporales exigen el cumplimiento del requisito de legalidad al momento de la instauración de la inversión, y no a su operación ulterior¹⁵⁰.

Finalmente, en la resolución acerca de la jurisdicción, el tribunal, sin entrar al fondo del asunto (se trata de una decisión de jurisdicción), estima que no existen pruebas de la existencia de un fraude ni que se fabricaron pruebas para poder acceder al sistema de arbitraje CIADI¹⁵¹. Pero asimismo, declara admisibles las pruebas obtenidas en el proceso penal en Bolivia, estimando que corresponde al tribunal arbitral decidir acerca de la admisibilidad de la prueba rendida y su valor probatorio. En virtud de lo anterior, expresa el fallo, el Tribunal tiene amplia discreción para pronunciarse sobre la admisibilidad de cualquier prueba presentada. Incluidas entonces aquellas obtenidas en un proceso penal nacional.

Algo semejante en materia de medidas cautelares dictadas en contra de procesos nacionales tuvo lugar en CHEVRON v. Ecuador¹⁵². A partir de la sentencia dictada en el proceso judicial desarrollado en Ecuador que condenó civilmente a la multinacional CHEVRON por su responsabilidad en los daños ocasionados al medio ambiente y en la salud de las personas como resultado de sus operaciones petrolíferas en la Amazonía ecuatoriana, la empresa inició un procedimiento de arbitraje de inversiones en contra del Estado ecuatoriano, el que no había sido parte (al menos directamente) en los procesos locales, calificando el juicio en Ecuador como

¹⁵⁰ Decisión de Jurisdicción en QUIROBAX S.A., *Non Metallic Minerals* S.A. y Allan Fosk Kaplún v. Bolivia. p. 97 y 98.

¹⁵¹ Decisión de Jurisdicción en QUIROBAX S.A., *Non Metallic Minerals* S.A. y Allan Fosk Kaplún v. Bolivia. p. 74.

¹⁵² Se trata de un arbitraje de inversiones incoado ante la Corte permanente de Arbitraje de la Haya, y no ante tribunales del CIADI.

“fraudulento y manipulado”. El Tribunal Arbitral dictó un Primer laudo parcial sobre medidas cautelares..., y ordenó a la República de Ecuador ya fuera a través de sus órganos judiciales, legislativo o ejecutivo, “adoptar todas las medidas a su disposición para suspender o causar que se suspenda la ejecución o el reconocimiento dentro o fuera del Ecuador..., de la resolución... por la que se confirma en apelación..., la Sentencia. De igual manera, el Tribunal Arbitral ordenó al Estado ecuatoriano abstenerse de otorgar cualquier tipo de certificación que pudiera “hacer que esta sentencia se torne ejecutable” en contra de CHEVRON. Según CHEVRON las cortes ecuatorianas son órganos del Estado y por tanto se encuentran en el deber de cumplir con las medidas cautelares ordenadas por un Tribunal Arbitral internacional, sin que puedan alegarse razones de Derecho interno que justifiquen lo contrario¹⁵³.

Luego nos preguntamos: ¿En qué lugar se sitúa la jurisdicción del CIADI?

Se ha señalado que los conflictos que se susciten entre inversionistas extranjeros y el Estado se sitúan por encima de los tribunales locales,... en el sentido de que (el procedimiento CIADI) permite revisar una resolución judicial de un juez chileno¹⁵⁴. Incluso en materia de medidas provisionales, una vez incoado el procedimiento arbitral, es posible solicitar que se impida la existencia de un procedimiento judicial paralelo en los tribunales locales de uno de los Estados de las partes¹⁵⁵, e incluso obtener documentos y resguardar prueba y evidencia.

El alcance (y la protección) del (los) Tratado(s) se limita a las “inversiones” efectuadas en conformidad con las leyes y reglamentos del Estado receptor. La jurisprudencia CIADI indica que el requisito de legalidad es un elemento de jurisdicción

¹⁵³ LINARES RODRÍGUEZ, Enrique. 2012. *Homologación en terceros Estados de la sentencia dictada en Ecuador vs. Chevron*. En Anuario Español de Derecho Internacional Privado. Madrid. Iprolex. p. 591.

¹⁵⁴ PAZÓ, Nelly y YUBERO, Elena. 2007. *Aspectos procesales de la jurisdicción del CIADI: medidas provisionales y rechazo por manifiesta falta de fundamento*. Revista de Estudios Internacionales N° 158. p. 135.

¹⁵⁵ *Ibid.* p. 138. Véase asimismo artículo 43 y 47 del Convenio de Washington.

ratione materiae. De no cumplirse este requisito, el Tribunal no tiene jurisdicción sobre la diferencia¹⁵⁶.

En términos muy claros, la inversión que no respeta la ley del Estado receptor no es una inversión protegida. Así lo reafirma el laudo ALASDAIR ROSS ANDERSON ET AL v. COSTA RICA, al señalar que toda la transacción entre los dueños de una casa de cambio en Costa Rica y cada demandante (Inversionista) era ilegal porque violaba la ley orgánica del Banco Central de ese país, y por lo tanto ninguna de las transacciones constituía una inversión a los efectos del Tratado Bilateral de Inversión¹⁵⁷. La misma doctrina se evidencia en el caso UNCITRAL denominado HULLEY ENTERPRISES LIMITED (CYPRUS) v. THE RUSSIAN FEDERATION del año 2014 y que se relaciona con el mercado del petróleo, al referir el tribunal, a propósito de la doctrina “*clean hands*”, que, aun cuando el tratado de inversión aplicable no contiene una expresa exigencia de cumplimiento de las leyes del Estado receptor, la inversión que se hace en violación de sus leyes podrá no calificar como una inversión, privando así al tribunal de la jurisdicción; o bien se denegará el beneficio de las protecciones sustantivas del tratado de inversión¹⁵⁸. Este fallo es muy relevante para nosotros, pues contiene en sus consideraciones, expresas menciones a condenas por fraude, malversación y lavado de dinero por parte de ejecutivos de una de las empresas demandantes (YUKOS), incluyendo a uno de sus principales controladores.

En materia de arbitraje internacional de inversiones, los tribunales del CIADI conocen, en términos generales, de acciones por daños y perjuicios, acciones para

¹⁵⁶ Decisión de Jurisdicción en QUIROBAX S.A., *Non Metallic Minerals S.A.* y Allan Fosk Kaplún v. Bolivia. p. 88.

¹⁵⁷ El laudo indica que *The entire transaction between the Villalobos brothers and each Claimant was illegal because it violated the Organic Law of the Central Bank. If the transaction by which the Villalobos acquired the deposit was illegal, it follows that the acquisition by each Claimant of the asset resulting from that transaction was also not in accordance with the law of Costa Rica. Although the Claimants may not have committed a crime by entering into a transaction with the Villalobos, the fact that they gained ownership of the asset in violation of the Organic Law of the Central Bank means that their ownership was not in accordance with the laws of Costa Rica and that therefore each of their deposits and resulting relationships with Villalobos did not constitute an “investment” under the BIT.*

¹⁵⁸ El laudo indica que *The Tribunal notes that there is support in the decisions of tribunals in investment treaty arbitrations for the notion that, even where the applicable investment treaty does not contain an express requirement of compliance with host State laws ... an investment that is made in breach of the laws of the host State may either: (a) not qualify as an investment, thus depriving the tribunal of jurisdiction; or (b) be refused the benefit of the substantive protections of the investment treaty.*

declarar el cese de actos ilícitos y de sus efectos¹⁵⁹, y de acciones de expropiación directa e indirecta contra el Estado¹⁶⁰. Excepcionalmente conocen de acciones declarativas o de condena. El inversionista, actor principal ante el tribunal del CIADI y quien será por regla general quien actuará como demandante, es a su turno, en nuestras hipótesis, el imputado en el proceso penal por delitos de blanqueo de capitales. Dispone de un proceso y de garantías asociadas a su carácter de interviniente afectado por una investigación criminal. Sin embargo, salvo excepcionalísimas ocasiones, no activa el proceso penal ni espera de este la protección prometida por el Tratado Bilateral de Inversión suscrito por su Estado. Frente a una interferencia grave en su inversión cometida a propósito de la sustanciación del proceso penal, probablemente ni el Sobreseimiento Definitivo, ni una Sentencia Absolutoria, ni las Costas a que se condene al Estado, serán de la entidad ni oportunidad suficiente para reparar el daño provocado por una actuación de investigación criminal.

En términos generales, la jurisdicción se define como la facultad que tiene el poder judicial de administrar justicia¹⁶¹. La entendemos como la facultad de un tribunal para conocer de una causa, juzgarla y hacer ejecutar lo juzgado. Este concepto esta desde luego referido siempre a los tribunales nacionales.

La jurisdicción del CIADI, por su parte, puede definirse a partir de lo que prescribe el propio Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, publicado en el diario Oficial en Enero de 1992. El capítulo II de dicho Convenio se refiere a la Jurisdicción del Centro a partir de su artículo 25: La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante

¹⁵⁹ MONTT, Santiago. 2005. *Aplicación de los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones por tribunales chilenos. Responsabilidad del Estado y expropiaciones regulatorias en un mundo crecientemente globalizado*. Revista Chilena de Derecho. Vol. 32 (1): p. 53.

¹⁶⁰ PAZÓ, Nelly y YUBERO, Elena. 2007. *Aspectos procesales de la jurisdicción del CIADI: medidas provisionales y rechazo por manifiesta falta de fundamento*. Revista de Estudios Internacionales Nº 158. p. 135. 2007.

¹⁶¹ CASARINO VITERBO, Mario. 1998. *Manual de Derecho Procesal*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile. p. 53 y siguientes.

acreditados ante el centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. La materia sometida al arbitraje debe ser arbitrable, lo cual cae bajo la noción de inversión adoptada por las partes en el instrumento mediante el cual se constituye la relación de inversión, pero también debe estar comprendida dentro de aquellas que el Estado puede someter a arbitraje internacional, de conformidad con su sistema normativo interno¹⁶².

A propósito del requisito de la jurisdicción denominado *ratio materiae*, el tribunal arbitral deberá establecer si la reclamación planteada por el demandante se enmarca en la manifestación de consentimiento del demandado de someterse al arbitraje CIADI¹⁶³. Aquí se analiza propiamente tal si la reclamación planteada corresponde a una diferencia de naturaleza jurídica que surja directamente de una inversión. La mayoría de los tratados de inversión definen “inversión” de una manera amplia lo que brinda flexibilidad en su aplicación¹⁶⁴. El Convenio CIADI no contempla una definición de inversión¹⁶⁵.

A todo tribunal arbitral constituido bajo las reglas del CIADI le corresponde decidir sobre su propia jurisdicción y competencia respecto de las controversias que le han sido planteadas¹⁶⁶.

Conforme lo previsto en el artículo 36 del Convenio de Washington, es el Secretario General del Centro quien desarrolla un examen preliminar acerca de la jurisdicción del CIADI una vez presentada una solicitud de arbitraje, la que debe registrar a menos que la diferencia alegada se halle manifiestamente fuera de la jurisdicción del centro.

Atendido lo previsto en el artículo 41 del mismo Convenio, las partes pueden alegar falta de jurisdicción del Centro, pudiendo resolver el Tribunal acerca de su

¹⁶² PÉREZ PACHECO, Yaritza. 2012. *Objeciones a la jurisdicción arbitral del CIADI*. CDT Vol. 4. N° 1. p.319.

¹⁶³ *Ibid* p.322.

¹⁶⁴ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. 2009. *Arbitraje de Inversión*. México. Porrúa. p.84.

¹⁶⁵ *Ibid*. p.87.

¹⁶⁶ PÉREZ PACHECO, Yaritza. 2012. *Objeciones a la jurisdicción arbitral del CIADI*. CDT Vol. 4. N° 1. p.316.

competencia en forma previa o bien conjuntamente con el fondo de la cuestión. Toda excepción opuesta por cualquiera de las partes respecto de que la diferencia.... no cae dentro de la jurisdicción del Centro o que por otras razones, no es de competencia del Tribunal, deberá oponerse lo antes posible¹⁶⁷.

El consentimiento por las partes es la piedra angular de la jurisdicción del CIADI. Ambas partes deben haber consentido a la jurisdicción del Centro¹⁶⁸. En general, el consentimiento del Estado receptor de la inversión para someterse al arbitraje del CIADI puede otorgarse de las siguientes formas:

- En el Contrato de Inversión suscrito con el inversionista.
- Constar en la legislación interna a partir de la aprobación y promulgación de leyes nacionales.
- Otorgarse directamente a partir de la Solicitud de Arbitraje presentada por el inversionista afectado, y
- Constar en los Tratados Multilaterales o Bilaterales de Protección y Promoción de Inversiones¹⁶⁹. Estos últimos instrumentos, por cierto, corresponden a la forma más común en que los Estados promueven y logran atraer la inversión extranjera. Constituyen, a su turno, un factor relevante (junto a condicionantes económicas y políticas) para que las empresas extranjeras decidan invertir en un país.

Ahora bien, el problema propuesto en este trabajo radica en que una parte, el inversionista, verá afectada su inversión por actos de poderes públicos del Estado que interfieren en su inversión y que estima constitutivos de expropiación indirecta. A este respecto, la estrategia jurídico-procesal del inversionista será acudir al CIADI invocando uno o más instrumentos (Tratados Bilaterales de Inversión) y solicitar un pronunciamiento arbitral. Para el inversionista demandante la actuación de investigación criminal que afecta su inversión constituirá una diferencia de este carácter. Para el Estado anfitrión (y especialmente para sus órganos de persecución

¹⁶⁷ PICAND, Eduardo. 2005. *Arbitraje comercial internacional*. Editorial Jurídica. Santiago. Tomo II. p.180.

¹⁶⁸ GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. 2009. *Arbitraje de Inversión*. México. Porrúa. p.35.

¹⁶⁹ PÉREZ PACHECO, Yaritza. 2012. *Objeciones a la jurisdicción arbitral del CIADI*. CDT Vol. 4. Nº 1. p.318.

penal), la investigación por delitos de lavado de activos será el ejercicio de la acción penal, propio de una potestad pública.

La expresión “diferencia de naturaleza jurídica” se ha utilizado para dejar aclarado que están comprendidos dentro de la jurisdicción del Centro los conflictos de derechos, pero no los simples conflictos de intereses. La diferencia debe referirse a la existencia o al alcance de un derecho u obligación de orden legal, o a la naturaleza o al alcance de la reparación a que dé lugar la violación de una obligación legal¹⁷⁰.

Cabe preguntarse entonces cómo definir las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión, cuando aquellas diferencias provienen de la sustanciación de una causa criminal por Lavado de Activos, en que se han dispuesto medidas intrusivas o cautelares, pero en la que aún no se dicta una Sentencia condenatoria firme (con efecto de Cosa Juzgada). Porque en sede penal también se ventilan asuntos de naturaleza jurídica, y en el caso de capitales sospechosos, que pueden surgir directamente de una inversión. Bajo esta premisa, las actuaciones del Estado en su rol de persecución penal, bien pueden cumplir este test.

4.3.- EXPROPIACIÓN INDIRECTA

La inversión extranjera lleva implícita riesgos, derivados de la soberanía de los Estados sobre sus territorios y de la relación que este tiene con quienes no son sus nacionales¹⁷¹.

Las intervenciones del Estado receptor de inversiones que afectan una inversión adoptan la forma de expropiación directa, mediante actos formales de privación de bienes con transmisión del dominio, con derecho a indemnización y que

¹⁷⁰ PÉREZ PACHECO, Yaritza. 2012. *Objeciones a la jurisdicción arbitral del CIADI*. CDT Vol. 4. N° 1. p. 324. La autora cita el Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio CIADI.

¹⁷¹ PRIETO, María José. 2012. *Expropiación indirecta por medidas cautelares en procedimiento tributario*. Revista Chilena de Derecho. vol.39, n.3. p. 809.

se califican como una manifestación del ejercicio legítimo de la soberanía de los Estados¹⁷². O bien pueden tener lugar mediante la denominada expropiación indirecta, que implica la privación no formal pero efectiva de la inversión o de los beneficios económicos esperados de ella, mediante actuaciones de órganos públicos que la hacen impracticable o significativamente onerosa. Una decisión pública (de un órgano público en ejercicio de potestades públicas) puede provocar los mismos efectos que una expropiación directa, pero no dar lugar a una indemnización.

La expropiación indirecta ha sido definida como aquellas “medidas que resultan en la privación sustancial del uso y del valor de una inversión a pesar de que la titularidad formal sobre la misma permanezca en cabeza del inversionista”¹⁷³. Se trata de una medida que no involucra una transferencia flagrante de propiedad, sino que efectivamente neutraliza el goce de propiedades. Es generalmente aceptado que una gran variedad de medidas son susceptibles a dar lugar a una expropiación indirecta¹⁷⁴...

Algunos Tratados de Libre Comercio definen y aplican el concepto de “Expropiación Indirecta”¹⁷⁵, y la doctrina la reconoce como fuente de compensación. Por lo demás, hoy por hoy, el grueso de los casos no involucra una expropiación directa sino indirecta (una “medida equivalente a expropiación”)¹⁷⁶.

Bajo derecho consuetudinario internacional no todas las privaciones de derechos de propiedad son expropiatorias. Existe una línea de casos que apoya el principio que un Estado no incurre en responsabilidad por el ejercicio legítimo de buena

¹⁷² Ibid. p. 810.

¹⁷³ Ibid. p. 812, citando el panel de árbitros en el caso TSG Perú S.A.C contra Perú.

¹⁷⁴ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. 2009. *Arbitraje de Inversión*. México. Porrúa. p.240, citando la doctrina del fallo *Lauder v. República Checa*.

¹⁷⁵ Véase el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos de Norteamérica y Chile, en su artículo 10.9 del Capítulo 10 relativo a la Inversión, señala que “ninguna parte expropiará ni nacionalizará una inversión cubierta, sea directa o indirectamente mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (“expropiación”) salvo que sea a) por causa de utilidad pública; b) de una manera no discriminatoria; c) mediante el pago pronto, efectivo y adecuado de la indemnización; y c) con apego al principio del debido proceso...”

¹⁷⁶ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. 2009. *Arbitraje de Inversión*. México. Porrúa. p.197.

fe de facultades de policía¹⁷⁷...Un primer análisis debe dirigirse a determinar si las actuaciones de investigación criminal que afecten una inversión deben o no estimarse una expropiación indirecta o bien medidas equivalentes a la expropiación. Ello al tenor de los conceptos y requisitos que se estima debe tener la medida estatal¹⁷⁸. La respuesta afirmativa nos llevará a concluir que debe haber lugar a una indemnización, en la medida en que las lesiones patrimoniales provocadas por la medida sean injustas o antijurídicas¹⁷⁹. La respuesta contraria deberá fundarse en una medida razonable y proporcional en tanto cualidades que exige el legítimo ejercicio de los poderes de policía de los Estados¹⁸⁰. Si la medida puede justificarse razonablemente necesaria para la consecución de objetivos legítimos, lo más probable es que no se tilde de expropiación¹⁸¹. En el tratamiento de las expropiaciones, se reconoce la existencia de excepciones, la más ampliamente aceptada se refiere a las confiscaciones en tanto sanción para los delitos; la incautación en materias tributarias y como resultado de otras medidas fiscales¹⁸².

¿Qué criterios existen para estimar que una actuación del Estado receptor de inversiones corresponde al legítimo ejercicio de poderes públicos desarrollada en su propio interés, y que por tanto no debe dar lugar a una indemnización?; ¿Podemos estimar que las actuaciones denominadas “de policía” incluyen también el ejercicio de la acción penal en el desarrollo de actuaciones de investigación criminal?

Para que una expropiación (directa) sea lícita en la esfera internacional deben cumplirse ciertos requisitos¹⁸³:

¹⁷⁷ Ibid. p. 232. El autor distingue tres categorías en las “facultades de policía”. En la primera (que a nosotros interesa) incluye el orden público y la moralidad.

¹⁷⁸ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. 2006. *Medidas equivalentes a expropiación en arbitrajes de inversión*. Revista Internacional de Arbitraje. N° 4. p 146.

¹⁷⁹ MONTT, Santiago. 2005. Aplicación de los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones por tribunales chilenos. Responsabilidad del Estado y expropiaciones regulatorias en un mundo crecientemente globalizado. Revista Chilena de Derecho. Vol. 32 (1): p. 70.

¹⁸⁰ PRIETO, María José. 2012. Expropiación indirecta por medidas cautelares en procedimiento tributario. Revista Chilena de Derecho. vol.39, n.3, p 810.

¹⁸¹ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. 2009. *Arbitraje de Inversión*. México. Porrúa. p. 234.

¹⁸² Traducción del autor de MONTT, Santiago. 2009. *State Liability in Investment Treaty Arbitration. Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*. First Edition. Hart Publishing. p. 193.

¹⁸³ Ibid. p. 204 y 205. Aunque a propósito del elemento “indemnización”, el autor adelanta algo muy relevante en el debate para nosotros: si la indemnización varía atendiendo a si la expropiación es lícita o no.

- Que sea por causa pública;
- Que sea realizada en forma no discriminatoria, de conformidad con el principio de legalidad y debido proceso; y
- Debe mediar indemnización que sea pronta, adecuada y efectiva.

Y a propósito de las medidas denominadas regulatorias, la discusión discurre en torno a si estas son legítimas o ilegítimas¹⁸⁴.

Ahora bien, podríamos resumir brevemente, a partir del análisis de algunos fallos que propone la doctrina, los criterios propuestos por los paneles arbitrales para estimar que una actuación estatal que afecta una inversión no constituye una expropiación indirecta y por tanto no es indemnizable:

- Ejecutar la actuación en ejercicio de potestades públicas.
- Con miras a la consecución de un interés público (protección de la salud, la seguridad, bienestar público, etc...).
- Existencia de la debida diligencia en la comprobación de los requisitos y situaciones fácticas en que se funda el acto¹⁸⁵.
- Sujeción a la ley (debido proceso) del Estado receptor de la inversión¹⁸⁶.

En la vereda opuesta, se han propuesto cuatro criterios para determinar la responsabilidad del Estado por haber adoptado medidas que equivalen a la expropiación¹⁸⁷, sin perjuicio de evaluar caso a caso, en función del contexto y realidad de cada país y empresa. Estos criterios son:

- La gravedad de las consecuencias: La privación del valor de la inversión debe ser total o sustancial.

¹⁸⁴ Difícilmente las actuaciones de investigación criminal puedan estimarse “regulatorias”. Este análisis más bien pretende evidenciar los principios que es posible extraer del tratamiento de las medidas regulatorias para aplicarlos en nuestro estudio.

¹⁸⁵ PRIETO, María José. 2012. *Expropiación indirecta por medidas cautelares en procedimiento tributario*. Revista Chilena de Derecho. vol.39, n.3, p 812.

¹⁸⁶ El profesor Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO cita un interesante fallo (Lena Golfields v. Russia) en que se alegó la existencia de hostigamientos por parte de la Unión Soviética, lo que se tradujo en procedimientos penales y redadas que afectaron una inversión. En GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. 2009. *Arbitraje de Inversión*. México. Porrúa. p. 199 y 200.

¹⁸⁷ PRIETO, María José. 2012. *Expropiación indirecta por medidas cautelares en procedimiento tributario*. Revista Chilena de Derecho. vol.39, n.3, p 812 y 813.

- La extensión de los efectos de la medida estatal. Debe ser permanente o importante en el tiempo.
- El carácter de las medidas, en la medida que sean confiscatorias, arbitrarias, abusivas o discriminatorias.
- La eficacia de las mismas, esto es que las medidas adoptadas tengan una influencia importante en su funcionamiento.

Tratándose de investigaciones criminales, el ejercicio de las facultades constitucionales del Ministerio Público, sancionadas por un órgano jurisdiccional, y previos los controles jerárquico administrativos y judiciales, dota a las decisiones de investigación de legitimidad en su orgánica y formalidad, y por ende en su juridicidad. Estas actuaciones están dirigidas, en principio, a la consecución de fines lícitos en interés de la colectividad y de los bienes jurídicos que el constituyente le ha encomendado proteger mediante el ejercicio de la acción penal pública.

Pero ello no garantiza en modo alguno la adecuada ponderación de la información por parte del órgano persecutor ni la debida diligencia en la comprobación de los requisitos y situaciones fácticas en que se funda el acto. Este supuesto no puede presumirse. No debe descartarse *a priori* la instrumentalización del órgano persecutor penal para desarrollar actuaciones que tengan un trasfondo político.

Luego, siguiendo el análisis, deberá ponderarse caso a caso cómo se comporta el acto de persecución penal en relación a los criterios de gravedad de las consecuencias, extensión de los efectos de la medida estatal, el carácter de las medidas, y la eficacia de las mismas. Estos criterios servirán de test para evaluar la actuación enjuiciada.

Lo arbitrable del conflicto se refiere al análisis de la materia debatida, y, en lo que a nosotros interesa, a cual es su tratamiento cuando esta se refiere a aspectos de orden público¹⁸⁸.

¹⁸⁸ MOURRE, Alexis. 2008. *Medidas Arbitraje y derecho penal: competencia, arbitrabilidad y derechos del tribunal arbitral*. Revista Internacional de Arbitraje. Nº 9: p.14.

Y en relación a los órganos del Estado que intervienen en actuaciones que puedan afectar una inversión, el caso MTD en que se demandó al Estado de Chile, muestra la visión del panel de jueces del tribunal CIADI a propósito de las actuaciones de distintos órganos del Estado. Bajo el derecho internacional el Estado de Chile debe ser considerado por el tribunal como una unidad, lo que exige un actuar coherente¹⁸⁹. Lo propio podríamos decir, entonces, de la actuación del Ministerio Público y de los Juzgados de Garantía y Tribunales Orales en lo Penal, a propósito de la dirección, control de la instrucción y juzgamiento de conductas constitutivas de Lavado de Activos, y de las actuaciones intrusivas, medidas cautelares y sanciones aplicadas por estos, en el ámbito de sus respectivas competencias.

El Ministerio Público y el Poder Judicial son órganos del Estado, constitucionalmente reconocidos, dotados de facultades para ejercer funciones públicas en nombre del Estado, y a través de los cuales este ejerce su soberanía.

4.4.- FACULTADES DE LOS ÁRBITROS ANTE CONDUCTAS DELICTIVAS

Debemos distinguir en esta parte aquellas doctrinas que aceptan la facultad de los árbitros para analizar la eventual comisión de conductas criminales de una o ambas partes de las que no aceptan dicha facultad, por una parte, y aquellas que toman en consideración las intenciones de los Estados al desarrollar una actuación que afecta una inversión.

¹⁸⁹ SCHREUER, Christoph. 2006. *Tratamiento justo y equitativo*. Revista Internacional de Arbitraje. Nº 5: p. 64.

4.4.1.- DOCTRINAS QUE ACEPTAN LA FACULTAD DE LOS ÁRBITROS PARA ANALIZAR LA EVENTUAL COMISIÓN DE CONDUCTAS CRIMINALES DE UNA O AMBAS PARTES

Ya en el ámbito internacional, las alegaciones de los Estados acerca de la existencia de conductas constitutivas de corrupción¹⁹⁰ han permeado la judicatura CIADI. Se ha señalado que existe un reconocimiento en el orden jurídico internacional facultando a que un Estado demandado alegue la corrupción del inversor en su defensa, ante la posible responsabilidad que le pueda ser exigida por el quebrantamiento de los términos de un tratado bilateral de inversión¹⁹¹. Ya en el año 1963 el Juez Mr. LAGERGREN señaló que cuando las partes han celebrado un contrato de agencia en virtud del cual una de ellas paga un soborno a los agentes estatales de la otra parte¹⁹², pierde todo derecho para requerir protección de los agentes de la justicia (sean órganos nacionales o tribunales arbitrales) para resolver sus disputas¹⁹³. Desestimó de este modo tener jurisdicción para resolver el asunto. Este fallo profundizó en los aspectos sustantivos para determinar que el contrato estaba viciado por un fraude¹⁹⁴. Evidenció la preocupación de los paneles arbitrales ante hechos constitutivos de corrupción cometidos por el inversionista, y qué efectos tenía en su accionar en sede arbitral¹⁹⁵. En el año 1999 y en sede UNCITRAL, el Tribunal Arbitral

¹⁹⁰ La doctrina y jurisprudencia han tratado los delitos de corrupción con mucha mayor frecuencia que el delito de Lavado de Activo, cuando son cometidos por los inversionistas. Por ello nos servimos de su tratamiento. Esta es también la vía utilizada en McDUGALL, A. 2005. *International Arbitration and Money Laundering*. American University International Law Review, Nº 20 (5) 1021-1054.

¹⁹¹ CREMADES, Bernardo M. 2005. *Corrupción y arbitraje de inversión*; Revista Internacional de Arbitraje, Nº 3, p. 57 y siguientes.

¹⁹² En el presente trabajo no se ha abordado el tema de la imputación subjetiva o el dominio del hecho por parte de los directivos de las empresas que incurrir en actos de corrupción a través de terceros o intermediarios para obtener un determinado contrato. El problema en el marco de la corrupción internacional se plantea cuando terceros recurren al soborno para conseguir o facilitar determinados negocios de su mandante (el empresario) y luego este último alega que no conocía estas prácticas. Véase al respecto NIETO, Adán. 2003. *La corrupción en el comercio internacional*. Revista Penal. España. Nº 12: p. 23.

¹⁹³ McDUGALL, A. 2005. *International Arbitration and Money Laundering*. American University International Law Review, Nº 20 (5) 1021-1054. En palabras del juez Lagergren, *the parties "have forfeited any right to ask for assistance of machinery of justice (national courts or arbitral tribunal) in settling their disputes"*.

¹⁹⁴ MOURRE, Alexis. 2008. *Medidas Arbitraje y derecho penal: competencia, arbitrabilidad y derechos del tribunal arbitral*. Revista Internacional de Arbitraje. Nº 9: p. 17.

¹⁹⁵ TIRADO, J., MATTHEW, P., MEAGUER, D. 2014. *Corruption Investigations by Governmental Authorities and Investments Arbitration: An Uneasy Relationship*. ICSID Review, Vol 29 (2). p. 495.

afirmaba su oposición ante cualquier intento de utilización del proceso arbitral para dar efectos a contratos contaminados con corrupción¹⁹⁶.

Esto considera desde luego la existencia de evidencia suficiente y/o fundamento adecuado que sustente la alegación de corrupción. En forma más reciente, el CIADI ha debido considerar conductas constitutivas de corrupción al momento de resolver acerca de su jurisdicción¹⁹⁷, utilizando la doctrina denominada “*clean hands doctrine*”¹⁹⁸ para declinar su jurisdicción frente a actos corruptos y negando en su caso compensaciones a la parte culpable. Esta doctrina indica que bajo el derecho internacional las demandas relacionadas con hechos ilegales, sea conforme la ley nacional o internacional, no están permitidas.

Ahora bien, desde la perspectiva del árbitro, este no tiene el deber de investigar posibles violaciones al derecho penal de las que no hay evidencia alguna y que no han sido mencionadas por las partes en sus solicitudes. Esto no significa, sin embargo, que el tribunal arbitral quede obligado por un convenio fraudulento a excluir un aspecto ilegal del arbitraje¹⁹⁹.

A su turno, se ha sugerido que los árbitros deben reportar a las autoridades penales cualquier duda o sospecha que puedan tener sobre el origen de los fondos dentro del proceso arbitral. Esta sugerencia se ha hecho, en particular, con relación al lavado de activos, extendiendo a los árbitros incluso el estatuto respectivo en relación a

¹⁹⁶ Traducción del autor. TIRADO, J., MATTHEW , P., MEAGUER, D. 2014 . *Corruption Investigations by Governmental Authorities and Investments Arbitration: An Uneasy Relationship*. ICSID Review, Vol 29 (2). p. 499.

¹⁹⁷ *More recently, in the context of an ICSID arbitration commenced pursuant to an investment contract, the Tribunal in the case of World Duty Free (discussed in further detail below) considered the impact of an admission by the Claimant as to the payment of a bribe to the President of the Respondent host State in order to procure the investment. The Tribunal declined jurisdiction, concluding that because of that admitted bribe the Claimant was not 'legally entitled to maintain any of its pleaded claims in these proceedings as a matter of order public international and public policy under the contract's applicable laws'.* TIRADO, J., MATTHEW , P., MEAGUER, D. 2014 . *Corruption Investigations by Governmental Authorities and Investments Arbitration: An Uneasy Relationship*. ICSID Review, Vol 29 (2). p. 495.

¹⁹⁸ MENAKER, A. 2010. *The Determinative Impact of Fraud and Corruption on Investments Arbitrations*. ICSID Rev-FILJ N° 25. p. 70 y 71. Traducción del autor: *Under international law, the “clean hands doctrine” is a principle “according to which a claimant’s involvement in activity illegal under either municipal or international law may bar the Claimant.*

¹⁹⁹ MOURRE, Alexis. 2008. *Medidas Arbitraje y derecho penal: competencia, arbitrabilidad y derechos del tribunal arbitral*. Revista Internacional de Arbitraje. N° 9: p.44 y 45.

la obligación de reportar operaciones sospechosas. Ello, no obstante, se contradice con los deberes de imparcialidad y confidencialidad que pesa sobre los árbitros²⁰⁰.

¿Qué debe hacer un tribunal arbitral, si un contrato involucra lavado de dinero, pero es a su turno un contrato válido y aplicable en virtud del derecho sustantivo? Se ha sostenido que los árbitros no deben “hacer la vista gorda”, sino más bien, deben encontrar la manera de rechazar el otorgar efectos a contratos altamente censurables²⁰¹.

Al someter su contrato a las leyes de un país en particular, las partes eligieron tal derecho integralmente, incluyendo las normas imperativas de carácter penal²⁰². Su aplicación en el proceso arbitral puede considerarse prácticamente una obligación propia de la función del árbitro. Un juez tiene el deber de traer *ex officio* cualquier norma penal aplicable que sea su propia ley nacional²⁰³. Pero además, un árbitro no debe aplicar a la controversia una ley diferente de la escogida por las partes. Esto también es así para las normas penales...²⁰⁴.

Esto es un primer argumento de relevancia para sostener que los tribunales del CIADI (y en general los tribunales arbitrales internacionales) tienen competencia para analizar las conductas en que incurre el inversionista demandante, y resolver si tiene o no derecho a accionar. La demanda de un inversionista que pagó un soborno al presidente anfitrión es declarada inadmisibles^{205, 206}. Esta conclusión fluye a partir de la

²⁰⁰ Ibid. p. 47 y 50.

²⁰¹ McDOUGALL, A. 2005. *International Arbitration and Money Laundering*. American University International Law Review, N° 20 (5). p. 1026. Traducción del autor.

²⁰² MOURRE, Alexis. 2008. *Medidas Arbitraje y derecho penal: competencia, arbitrabilidad y derechos del tribunal arbitral*. Revista Internacional de Arbitraje. N° 9: p. 41.

²⁰³ MOURRE, Alexis. 2008. *Medidas Arbitraje y derecho penal: competencia, arbitrabilidad y derechos del tribunal arbitral*. Revista Internacional de Arbitraje. N° 9: p. 42. El autor morigera los alcances de esta interpretación tratándose de un árbitro internacional, quien deben atender más a los principios ampliamente reconocidos que a la prohibición (norma) local.

²⁰⁴ Ibid. p. 43.

²⁰⁵ Véase el caso *World Duty Free Co. Ltd. v. Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7, Award (4 Oct. 2006).

²⁰⁶ MOURRE, Alexis. 2008. *Medidas Arbitraje y derecho penal: competencia, arbitrabilidad y derechos del tribunal arbitral*. Revista Internacional de Arbitraje. N° 9: p. 20. El autor agrega que el Árbitro no tiene la facultad para aplicar la norma penal del mismo modo en que un Juez penal lo haría, pero puede tomarla en consideración siempre que tenga una justificación más que razonable para aplicar la norma penal a la disputa. La norma penal, en tanto imperativa, no hace a la disputa “no” arbitrable.

tipificación en los países anfitriones de figuras penales que sancionan conductas ilícitas, y entre ellas el Lavado de Activos y la Corrupción, sea este último como delito autónomo o como figura base del Lavado. Pero además, en tanto la comunidad internacional ha suscrito instrumentos internacionales para la persecución y el castigo de estos delitos.

El caso *FLUGHAFEN ZÜRICH A.G. y GESTIÓN E INGENIERÍA IDC S.A. y la REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA*²⁰⁷ se refiere precisamente a una situación de corrupción: La Fiscalía presentó un escrito de acusación en contra el ciudadano A. N. R, Gobernador del Estado que había adjudicado el Contrato a un inversionista extranjero para explotar un Aeropuerto, como autor de un delito de evasión de procedimientos de licitación y concierto de funcionario público con contratista. Si bien, la demandante ante el CIADI no era parte en el proceso penal, el Tribunal requirió información al efecto al Estado anfitrión²⁰⁸. Y aun cuando el Estado requerido no entregó información suficiente siquiera en relación al proceso penal, es de destacar que el panel de árbitros solicitó información acerca del mismo, lo que evidencia su facultad, competencia e interés para analizar este escenario (el proceso penal) y otros más.

A su turno, el caso *METAL-TECH LTD v. THE REPUBLIC OF UZBEKISTAN* versa, desde la perspectiva del Estado anfitrión (Uzbekistan) sobre la infracción por parte del inversionista de normas penales que prohíben la entrega o recepción de sobornos, directamente o a través de intermediarios, a cambio de realizar una acción determinada o dejar de realizarla²⁰⁹. El tribunal CIADI analiza precisamente la eventual concurrencia de hechos constitutivos de corrupción y cómo estos determinan que la inversión no se ha desarrollado en conformidad a las leyes y reglamentos del Estado

²⁰⁷ Este caso ha llegado a nuestro conocimiento gracias al aporte del destacado profesor Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO.

²⁰⁸ Reza el laudo: “Durante la Audiencia de este procedimiento, el Tribunal Arbitral pidió a las partes, y en especial a Venezuela (pues las Demandantes no son partes en el proceso penal), que aportaran información sobre el proceso penal en curso”.

²⁰⁹ El laudo expresa que la parte demandada alega que “*the Claimant violated Articles 210-212 of the Uzbek Criminal Code. Those articles prohibit the living or taking of bribes, directly or through an intermediary, in exchange for the performance or non-performance of an action*”.

anfitrión, declinando en definitiva su jurisdicción²¹⁰. El Laudo refiere que al llegar a la conclusión de que las reclamaciones deben ser rechazadas como resultado de actos de corrupción, el Tribunal no está ajeno al debate en curso de que las actuaciones corruptas a menudo recaen sobre los demandantes, mientras que, posiblemente, exoneran a los acusados involucrados en los actos de corrupción. Es cierto que los resultados en los casos de corrupción a menudo parecen insatisfactorios, ya que, a primera vista al menos, parece injusto dar un beneficio a la parte demandada. La idea, sin embargo, no es castigar a una de las partes en el costo de la otra, sino más bien asegurar la promoción del estado de derecho, que implica que un órgano jurisdiccional no puede conceder asistencia a una parte que ha participado en un acto de corrupción²¹¹.

Por su parte, el carácter de disponibles y/o patrimonial de los derechos discutidos en sede arbitral, confieren sin lugar a dudas competencia a los árbitros. Sin embargo, y en el ejercicio de esas competencias, nada obsta a que se pronuncien acerca de la validez o nulidad de un contrato, cuando existe una razón de orden público. Y el derecho penal es, que duda cabe, un conjunto de normas de orden público. Puede ser también que el fraude cometido por una parte, tal como el soborno a un funcionario de un Estado, sea considerado como una actuación dolosa que vicia el consentimiento de la otra parte²¹².

La cuestión acerca de la concurrencia de actos constitutivos de corrupción y/o lavado de activos relacionados con la inversión puede tener lugar bajo la forma de una excepción previa (objeción a la jurisdicción) o bien en la resolución de fondo²¹³. Desde

²¹⁰ Laudo facilitado por el profesor FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO.

²¹¹ Traducción del autor: *“while reaching the conclusion that the claims are barred as a result of corruption, the Tribunal is sensitive to the ongoing debate that findings on corruption often come down heavily on claimants, while possibly exonerating defendants that may have themselves been involved in the corrupt acts. It is true that the outcome in cases of corruption often appears unsatisfactory because, at first sight at least, it seems to give an unfair advantage to the defendant party. The idea, however, is not to punish one party at the cost of the other, but rather to ensure the promotion of the rule of law, which entails that a court or tribunal cannot grant assistance to a party that has engaged in a corrupt act”*.

²¹² MOURRE, Alexis. 2008. *Arbitraje y derecho penal: competencia, arbitrabilidad y derechos del tribunal arbitral*. Revista Internacional de Arbitraje. Nº 9: p. 26.

²¹³ TIRADO, J., MATTHEW, P., MEAGUER, D. 2014. *Corruption Investigations by Governmental Authorities and Investments Arbitration: An Uneasy Relationship*. ICSID Review, Vol 29 (2). p. 494.

otra perspectiva, puede sostenerse la falta de jurisdicción del Centro desde la admisibilidad de la demanda o al analizar su mérito²¹⁴.

Para nosotros, si el tribunal del CIADI puede considerar los actos de corrupción del inversionista para resolver acerca de su competencia, o derechamente para pronunciarse sobre el fondo del asunto, bien puede analizar el origen de los dineros que sirven de sustento económico al proyecto productivo vehículo de la inversión, y de estimar que tienen un origen ilícito (sea que corresponda a una Lavado de Activos, uno de cuyos delitos base es precisamente la corrupción u otro delito patrimonial, por ejemplo una defraudación) bien puede desestimar la demanda. Se trata finalmente de un análisis de una materia de orden público, que cómo hemos visto no es ajena a los árbitros.

Incluso en la etapa de ejecución de un laudo, es posible recoger el principio de no ejecutabilidad de las sentencias arbitrales cuando estas son contrarias al orden público del país y, en el mismo contexto, omitir pronunciarse sobre la existencia de una ilegalidad puede amenazar la ejecutabilidad del laudo, y por tanto resultar contradictorio con el deber del tribunal,...de hacer sus mejores esfuerzos para asegurar que el laudo sea ejecutable²¹⁵. Bajo la mayoría de los instrumentos internacionales y de leyes nacionales, el orden público es una de las pocas áreas en que un laudo arbitral puede ser dejado de lado, o bien rechazada su aplicación. Sin embargo, el Convenio CIADI no contiene causal alguna para rehusar reconocer o ejecutar un laudo CIADI²¹⁶.

Existe consenso en términos de que los árbitros pueden apartarse de las disposiciones de la ley sustantiva aplicable al contrato cuando el aplicar dicha ley sería contrario al orden público y lo haría, en consecuencia, poner en peligro el laudo²¹⁷ y ²¹⁸.

²¹⁴ MENAKER, A. 2010. *The Determinative Impact of Fraud and Corruption on Investments Arbitrations*. ICSID Rev-FILJ N° 25. p. 70.

²¹⁵ MOURRE, Alexis. 2008. *Arbitraje y derecho penal: competencia, arbitrabilidad y derechos del tribunal arbitral*. Revista Internacional de Arbitraje. N° 9: p. 46.

²¹⁶ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. 2009. *Arbitraje de Inversión*. México. Porrúa. p.64.

²¹⁷ MCDUGALL, A. 2005. *International Arbitration and Money Laundering*. American University International Law Review, N° 20 (5). p. 1043.

Tratándose de medidas adoptadas por el Estado regulador (extendiendo en este análisis el concepto de Estado regulador a los órganos que intervienen en la persecución penal), será decisivo considerar en el análisis si “la medida tomada por el Estado ha sido adoptada de buena fe, sin discriminación y para proteger un interés legítimo de orden público”²¹⁹. Ahora bien, el sólo interés público no constituye fundamento suficiente para evitar el surgimiento de responsabilidad del Estado, en la medida en que la actuación no haya sido proporcionada o hayan existido otras vías menos gravosas para el inversionista que permitan lograr el mismo objetivo²²⁰.

En esa misma línea, el Tratado de Libre Comercio Chile-Estados Unidos de América refiere expresamente que “salvo circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente”²²¹.

Desde otro ángulo, no puede olvidarse la incorporación en el derecho internacional de los instrumentos destinados al combate del delito de Lavado de Activos²²². Las disposiciones que apuntan a combatir conductas ilícitas en el comercio mundial se han vuelto cada vez más internacionales, y los árbitros internacionales tienen una vocación natural para tomarlas en consideración. Los árbitros, en tanto jueces naturales del comercio internacional, son los guardianes de la ética y las buenas

²¹⁸ Ibid. p. 1050: *An award enforcing a contract tainted by money laundering where such money laundering is prohibited by the law of the seat would expose the award to a challenge at the seat and to refusal of any enforcement of the award at the seat.*

²¹⁹ FERNÁNDEZ, Enrique. 2007. *Expropiación indirecta y arbitraje de inversiones extranjeras*; Revista Internacional de Arbitraje, N° 7. p 52 y 53.

²²⁰ PRIETO, María José. 2012. *Expropiación indirecta por medidas cautelares en procedimiento tributario*. Revista Chilena de Derecho. vol.39, n.3. p 815.

²²¹ Véase Tratado de Libre Comercio Chile-Estados Unidos de América, Capítulo Diez, artículo 10.9 y anexo 10 D.

²²² El 16 de febrero de 2012, el Grupo de Acción Financiera (GAFI/FATF), al que pertenecen las 34 mayores economías del mundo, aprobó 40 Recomendaciones para combatir el lavado de activos (LA) y el financiamiento del terrorismo (FT). Estos estándares reemplazaron a las anteriores 40 Recomendaciones contra el LA, emitidas en 1990, y a las 9 Recomendaciones Especiales contra el FT, difundidas en 2001, tras el ataque a las Torres Gemelas. Las 40 nuevas Recomendaciones fueron revisadas durante dos años antes de su promulgación y en la actualidad son utilizadas por más de 180 jurisdicciones para combatir dichos delitos. El Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT) es el organismo regional homólogo de GAFI, cuyos 12 países miembros –incluyendo a Chile– adoptaron los nuevos estándares.

costumbres en este ámbito²²³. El derecho penal internacional es...parte del orden legal arbitral, de la misma manera que los usos del comercio y los principios generales del derecho internacional²²⁴. A este respecto podemos agregar, además, la norma contenida en el artículo 42 del Convenio CIADI, que señala que en la resolución de la controversia, el tribunal arbitral aplicará el derecho sustantivo del Estado anfitrión cotejándolo con el derecho internacional²²⁵.

Cuando existe una norma de orden público transnacional o auténticamente internacional, los tribunales arbitrales pueden aplicar normas imperativas extrañas al derecho escogido por las partes. Este es el caso por ejemplo, de la prohibición a los contratos hechos con el propósito de corromper funcionarios extranjeros o perpetrar lavado de dinero²²⁶. Los árbitros deben considerar entonces los requisitos de lo que se ha denominado orden público transnacional o derechamente orden público internacional²²⁷. Es este otro argumento que nos permite concluir la plena competencia de los árbitros en materia de arbitraje de inversiones para analizar, indagar y resolver acerca de la comisión de conductas constitutivas de delito a propósito de una inversión.

Esta afirmación, sin embargo, es al menos peligrosa. La conducta de un inversionista podría no estar tipificada en el país receptor de una inversión, o estar circunscrita a ciertos delitos base, tratándose de un inversión que proviene de un delito de Lavado de Activos. Y parecería excesivo extender los alcances del derecho internacional en materia de persecución y cooperación en el combate del delito de Lavado de Activos a un arbitraje que debe aplicar normas que no sancionan dicha conducta, o sólo lo hacen parcialmente.

Como otro argumento, el profesor Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO reproduce un interesante fallo en la materia en el caso *TOKIOS TOKELES V. UCRANIA*, en que las

²²³ MOURRE, Alexis. 2008. *Arbitraje y derecho penal: competencia, arbitrabilidad y derechos del tribunal arbitral*. Revista Internacional de Arbitraje. Nº 9: p. 15.

²²⁴ Ibid. p. 54.

²²⁵ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. 2009. *Arbitraje de Inversión*. México. Porrúa. p.45.

²²⁶ MOURRE, Alexis. 2008. *Arbitraje y derecho penal: competencia, arbitrabilidad y derechos del tribunal arbitral*. Revista Internacional de Arbitraje. Nº 9: p. 44.

²²⁷ MCDUGALL, A. 2005. *International Arbitration and Money Laundering*. American University International Law Review, Nº 20 (5). P. 1043.

actividades del gobierno Ucraniano que supuestamente violaban el Tratado de Inversión entre Ucrania y Lituania incluían investigaciones de los negocios del inversionista²²⁸ y embargos administrativos. Destaca un voto del fallo, aunque disidente, que señala que (el tribunal) debía tomar en cuenta el origen del capital materia de la inversión. Este argumento surge a propósito de la discusión acerca de la nacionalidad de los inversionistas, pero sirve para reflejar, aunque sea en la disidencia, que algunos jueces defienden su jurisdicción para analizar y evaluar el origen de una inversión.

En el análisis de casos que se refieren al trato nacional, y específicamente el caso GAMI v. México, el tribunal CIADI resolvió, en lo que nos interesa, que el gobierno (mexicano) había demostrado una razón legítima (también refiere un fin legítimo) para justificar medidas expropiatorias, que no habían sido aplicadas en forma discriminatoria²²⁹. Ciertamente el tribunal analiza el carácter de la medida con otro objetivo en mente: el trato nacional. Pero en lo que a nosotros interesa, esboza una regla que arriba a un lugar común a esta altura: el análisis por parte de los paneles de árbitros de la legitimidad de las medidas gubernamentales, como lente o filtro para evaluar y calificar las acciones del Estado anfitrión. Otro tanto puede señalarse de la garantía de plena protección en su vertiente jurídica. El Estado tiene un deber de vigilancia y protección de la inversión, que puede ser incumplido activa o pasivamente. Cuando el Estado o sus órganos violen el estándar o contribuyan en forma significativa a los actos que lesionan derechos, el Estado será responsable por los mismos²³⁰.

En otra línea de pensamiento, Alexis MOURRE recuerda las facultades de los árbitros en Estados Unidos para, en ciertas circunstancias, aplicar sanciones no sólo de orden indemnizatorio sino también de carácter penal, circunscritas a las penas de multas²³¹.

²²⁸ Citado por GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. 2009. *Arbitraje de Inversión*. México. Porrúa. p.148 y 228 a propósito de las medidas equivalentes a la expropiación.

²²⁹ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. 2009. *Arbitraje de Inversión*. México. Porrúa. p.128.

²³⁰ *Ibid.* p.194 y siguientes.

²³¹ MOURRE, Alexis. 2008. *Arbitraje y derecho penal: competencia, arbitrabilidad y derechos del tribunal arbitral*. Revista Internacional de Arbitraje. Nº 9: p. 32.

Las fórmulas propuestas para que un árbitro declare que un contrato relacionado con lavado de dinero es inválido o inaplicable son²³²:

- En relación a la jurisdicción. En este caso, se ha estimado que al no tener el árbitro jurisdicción en materia penal, el punto a resolver es determinar cuales son las consecuencias del delito de lavado de activos en la disputa civil sometida al conocimiento del árbitro. El árbitro puede estimar que carece de jurisdicción (aunque esto puede llevar a las defensas a implementar tácticas dilatorias tendientes a alegar hechos de corrupción y/o soborno con el objeto de que el tribunal arbitral desestime su jurisdicción²³³), o bien estimar que tiene jurisdicción al menos para analizar en detalle si han existido actos ilícitos. Parece aceptarse que los árbitros tienen jurisdicción sobre disputas que involucran alegaciones o pruebas de corrupción. Si ello es así, no hay razones de peso para que este no sea también el caso de lavado de dinero. De hecho, la cuestión que a menudo enfrenta a árbitros y a las partes que alegan la corrupción no es la jurisdicción sino, más bien, la naturaleza de la conducta censurable y, si se demuestra que existe, la determinación de la consecuencias de tal conducta bajo la ley aplicable²³⁴. Por lo tanto, en términos de cómo debe proceder un tribunal arbitral enfrentado a un contrato en que aparece involucrado el lavado de activos, pero válido y ejecutable bajo la ley sustantiva que les es aplicable, la visión ampliamente aceptada concluye que el tribunal arbitral no debe rechazar la jurisdicción simplemente porque existen alegaciones o evidencia de lavado de dinero²³⁵.
- La segunda alternativa, se relaciona con aplicar principios de orden público internacional cuando el tribunal arbitral ha aceptado su jurisdicción. En esta situación, la cuestión se relaciona con analizar si el reproche y la persecución de las conductas constitutivas de lavado de activos constituye un principio del orden público internacional. El marco jurídico internacional y nacional se conforma de un número significativo de instrumentos internacionales que condenan el lavado de dinero y aumenta cada vez

²³² McDOUGALL, A. 2005. *International Arbitration and Money Laundering*. American University International Law Review, N° 20 (5), p. 1039.

²³³ McDOUGALL, A. 2005. *International Arbitration and Money Laundering*. American University International Law Review, N° 20 (5), p. 1041.

²³⁴ Ibid. p. 1042.

²³⁵ Ibid. p. 1042.

más el número de países que penalizan el lavado de dinero, lo que ha llevado a algunos autores a sostener que la prohibición contra el lavado de dinero es efectivamente un principio de orden público internacional, y que los árbitros deberían tomar en consideración²³⁶. Sin embargo, no existe consenso en relación a cuales son los delitos base del Lavado de Activos²³⁷. Efectivamente, y coincidimos con el autor citado, de no existir la misma tipificación de las conductas de Lavado de Activos en los distintos instrumentos internacionales y nacionales, pueden invocarse razones de tipicidad en contra de un Laudo Arbitral que aplica principios de derecho internacional, pero que en la sede nacional, donde se desarrolla la inversión cuestionada, no están descritos en la ley penal. El inversionista que reclama auxilio del tribunal arbitral, entonces, podría encontrarse en la situación de realizar conductas impunes ante los tribunales nacionales, pero ver su demanda rechazada en sede arbitral internacional, por aplicación de supuestos principios de orden público internacional invocados por el panel arbitral.

- En tercer lugar, es posible que los árbitros puedan dar prioridad a las disposiciones obligatorias de otra ley por sobre el derecho sustantivo que rige el contrato. Se trata del denominado *mandatory rules method*, que implica aplicar normas prohibitivas de derecho extranjero al contrato, de modo de anular la ley que lo rige²³⁸. Parece ser aceptado, que los árbitros pueden tomar en consideración las disposiciones obligatorias de leyes distintas de la *lex contractus* y que este enfoque se puede usar con respecto a las disposiciones obligatorias que prohíben el lavado de dinero, siempre que la ley elegida este conectada con el caso, y esta corresponde a la ley del lugar del cumplimiento, la ley nacional de las partes o la ley de la sede del arbitraje²³⁹.

²³⁶ Traducción del autor. McDOUGALL, A. 2005. *International Arbitration and Money Laundering*. American University International Law Review, N° 20 (5). p. 1044.

²³⁷ McDOUGALL, A. 2005. *International Arbitration and Money Laundering*. American University International Law Review, N° 20 (5). p. 1045.

²³⁸ Ibid. p. 1047.

²³⁹ Ibid. p. 1049.

4.4.2.- DOCTRINAS QUE NO TOMAN EN CONSIDERACIÓN LAS INTENSIONES DE LOS ESTADOS AL DESARROLLAR UNA ACTUACIÓN QUE AFECTA UNA INVERSIÓN

Por el lado contrario, las doctrinas jurídicas opuestas muestran que la principal consideración de algunos Laudos CIADI es si las actividades de intervención en inversiones afectan a esta de forma sustancial o parcial²⁴⁰, prescindiendo de sus propósitos. Luego, se aborda el alcance de las medidas, y si estas, no obstante no corresponder a una expropiación de la propiedad, impiden el efectivo desarrollo de proyectos productivos, como por ejemplo cuando se pierde el control de un proyecto o se enquista un interventor estatal. Se trata de una visión que privilegia la responsabilidad objetiva del Estado receptor de inversiones. Los tratados definen estándares o principios cuyo cumplimiento es imperativo para el Estado y cuya violación (con o sin dolo o culpa) compromete la responsabilidad estatal²⁴¹.

A continuación, los fallos CIADI analizan las intenciones de los Estados y sus órganos en el momento de adoptar una decisión e implementar una medida que afecte una inversión, o los motivos y propósitos de las medidas adoptadas²⁴². La consideración acerca de la intención del Estado se relaciona con el efecto expropiatorio propiamente tal. Es decir si la actuación del Estado o sus órganos tiene por objetivo el expropiar. Se ha concluido que la intención del gobierno es menos importante que el efecto de la medida sobre quien detentan la titularidad de los bienes afectados por la medida o del beneficio derivado de aquellos²⁴³. La misma pregunta se ha formulado en relación a si determinadas medidas adoptadas por los gobiernos violan el principio de trato nacional, y si la “intención” del Estado anfitrión es o no esencial en el análisis. Casi todos los tribunales que han ventilado el tema (en el contexto de un incidente

²⁴⁰ PRIETO, María José. 2012. *Expropiación indirecta por medidas cautelares en procedimiento tributario*. Revista Chilena de Derecho. vol.39, n.3, p 813.

²⁴¹ MONTT, Santiago. 2005. *Aplicación de los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones por tribunales chilenos. Responsabilidad del Estado y expropiaciones regulatorias en un mundo crecientemente globalizado*. Revista Chilena de Derecho. Vol. 32 (1): p. 66 y 67.

²⁴² FERNÁNDEZ, Enrique. 2007. *Expropiación indirecta y arbitraje de inversiones extranjeras*; Revista Internacional de Arbitraje, N° 7.p 59.

²⁴³ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. 2009. *Arbitraje de Inversión*. México. Porrúa. p.241 citando el caso Tecmed v. México.

acerca del trato nacional) han determinado que la demostración de la intención no es esencial²⁴⁴.

Se ha dicho que el análisis acerca de la “intención de las autoridades” no es más relevante que los efectos de la medida o que su forma, aunque esta sea legítima²⁴⁵; “la intención del gobierno es menos importante que el efecto de las medidas sobre quien detenta la titularidad de los bienes afectados por la medida o del beneficio derivado de aquellos; y la forma bajo la cual se presenta la medida que origina el despojo es menos importante que los efectos reales de su impacto”²⁴⁶. Para esta doctrina denominada *sole effect*, se debe “considerar únicamente los efectos que la medida gubernamental tiene sobre la inversión, sin ningún otro factor y, en especial, el propósito y carácter de tal medida”²⁴⁷. El derecho internacional se enfoca en los efectos de la medida gubernamental, a lo que se le ha llamado *sole effects doctrine*²⁴⁸. Para esta doctrina, en los tratados de inversión la cláusula de expropiación proporciona un principio relativamente simple para la protección de las inversiones: cuando el Estado realiza una actuación que significa la privación total o sustancial de la inversión, la indemnización debe ser pagada, aunque existan intereses públicos que hayan justificado la adopción de las medidas²⁴⁹.

Aunque las actuaciones del Estado receptor de inversiones se funden en motivos de seguridad (salud, medio ambiente, etc...), su implementación y consecuencial efecto en la inversión no excluye la obligación de compensación²⁵⁰.

²⁴⁴ Ibid. p.132. El autor reproduce considerandos del fallo Siemens v. Argentina en que, nuevamente, lo determinante no es la intención del Estado sino el impacto de la medida adoptada en la inversión, en términos de si corresponde o no a un trato no discriminatorio.

²⁴⁵ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. 2009. *Arbitraje de Inversión*. México. Porrúa. p. 163 y siguientes.

²⁴⁶ FERNÁNDEZ, Enrique. 2007. *Expropiación indirecta y arbitraje de inversiones extranjeras*; Revista Internacional de Arbitraje, N° 7.p 50 y 51. El autor aclara que esta doctrina parece estar plenamente superada.

²⁴⁷ Ibid. p. 53.

²⁴⁸ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. 2009. *Arbitraje de Inversión*. México. Porrúa. p. 221.

²⁴⁹ MONTT, Santiago. 2009. *State Liability in Investment Treaty Arbitration. Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*. First Edition. Hart Publishing. p. 254. Traducción del autor: *In investment treaty law, the expropriation clause provides a relatively simple principle for the protection of investments: when the state effects a total or substantial deprivation, compensation must be paid, even if compelling public interests had justified adopting the measures at stake.*

²⁵⁰ CREMADES, Bernardo M. 2005. *Corrupción y arbitraje de inversión*; Revista Internacional de Arbitraje, N° 3. p. 60.

La denominada “Expropiación Indirecta” incluye incluso aquellas medidas equivalentes a la expropiación (que dan lugar a una indemnización a favor del inversionista), con prescindencia de la forma o calificación jurídica del acto que interfiere una inversión extranjera²⁵¹. La forma en que los Estados caracterizan la medida no tendrá como resultado evadir su accionar y responsabilidad. El derecho internacional de la inversión adopta una aproximación funcional en la que, en el análisis de la medida, los efectos son cruciales, y no existen excepciones genéricas para cierto tipo de medidas²⁵². Por tanto, no sería suficiente para objetar la jurisdicción del CIADI invocar la existencia de un proceso penal pendiente por Lavado de Activos o imputar derechamente al inversionista (o a la persona jurídica) participación criminal en dicho delito.

En esta línea argumentativa, y contraponiendo el arbitraje y el proceso penal, no podemos olvidar las dificultades propias del proceso arbitral, las etapas del procedimiento, la forma de rendir la prueba²⁵³, la dificultad para probar las intenciones de los Estados y los efectos de los Laudos, que difieren del objeto y fundamento del proceso penal y de las pretensiones punitivas de los Estados. Desde un punto de vista procedimental, los árbitros están frecuentemente enfrentados con la duda sobre los niveles de evidencia necesaria para determinar la existencia de fraude²⁵⁴. Luego, los principios de debido proceso en un Estado democrático de Derecho, materializados en la presunción de inocencia, la carga de la prueba²⁵⁵, el estándar de prueba²⁵⁶ y²⁵⁷, y las garantías de un juzgamiento que requiere lograr convicción más allá de toda duda

²⁵¹ Ibid. p. 59.

²⁵² GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. 2009. *Arbitraje de Inversión*. México. Porrúa. p.229 y 230.

²⁵³ CREMADES, Bernardo M. 2005. *Corrupción y arbitraje de inversión*; Revista Internacional de Arbitraje, N° 3, p. 66.

²⁵⁴ MOURRE, Alexis. 2008. *Arbitraje y derecho penal: competencia, arbitrabilidad y derechos del tribunal arbitral*. Revista Internacional de Arbitraje. N° 9. p. 27 y 28.

²⁵⁵ Ibid. p. 29. El autor señala que se ha sugerido que en los casos en que se sospeche la existencia de corrupción, la carga de la prueba pueda trasladarse a la parte sospechosa. Esta interpretación muestra en forma prístina como los principios del proceso penal puede resultar inconciliables con la facultad de los árbitros para “conocer” de materias penales. Afortunadamente el autor no comparte esta inversión de la carga de la prueba.

²⁵⁶ TIRADO, J., MATTHEW, P., MEAGUER, D. 2014. *Corruption Investigations by Governmental Authorities and Investments Arbitration: An Uneasy Relationship*. ICSID Review, Vol 29 (2). p. 494.

²⁵⁷ MOURRE, Alexis. 2008. *Arbitraje y derecho penal: competencia, arbitrabilidad y derechos del tribunal arbitral*. Revista Internacional de Arbitraje. N° 9. p.. 28.

razonable (entre otras garantías del debido proceso) difícilmente encuentran aplicación en un tribunal conformado y especializado en materias de inversión extranjera y de controversias jurídicas suscitadas en torno a estas.

Así mismo, debe considerarse el tipo de pruebas aportadas en sede arbitral, y su carácter de prueba directa o indiciaria.

En el caso LG&E v. Argentina el tribunal fue de la opinión que deben ser analizados no sólo los efectos de las medidas adoptadas por el Estado, sino también las causas. Una mejor aproximación es que el que exista intención (de discriminar) es uno de los factores que se analizan bajo el elemento de si existe un nexo razonable con una política gubernamental racional²⁵⁸.

Esta parece ser una doctrina que se sitúa en el punto intermedio, y que se recoge en las definiciones del Tratado de Libre Comercio suscrito entre Chile y Estados Unidos²⁵⁹.

De otra parte, como se indicó más arriba, cuando existe una norma de orden público internacional los árbitros podrían aplicar normas imperativas extrañas al derecho escogido por las partes²⁶⁰, entendiéndose de derecho penal. Sin embargo, la conducta de un inversionista podría no estar tipificada en el país receptor de una inversión, o estar circunscrita a ciertos delitos base, tratándose de un inversión que proviene de un delito de Lavado de Activos²⁶¹.

Finalmente, la existencia de procesos paralelos ante la jurisdicción nacional por una parte, y ante la sede arbitral por otro, abre un abanico de hipótesis y de diversas cuestiones de difícil solución, entre las que destacan la dictación de sentencias

²⁵⁸ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. 2009. *Arbitraje de Inversión*. México. Porrúa. p.135.

²⁵⁹ Véase Tratado de Libre Comercio Chile-Estados Unidos de América, artículo 10.9 y anexo 10 D.

²⁶⁰ MOURRE, Alexis. 2008. *Arbitraje y derecho penal: competencia, arbitrabilidad y derechos del tribunal arbitral*. Revista Internacional de Arbitraje. N° 9: p. 44.

²⁶¹ Atendidas las reformas a la *Foreign Corrupt Practices Act* de 1977 a que se refiere NIETO, Adán. 2003. *La corrupción en el comercio internacional*. Revista Penal. España. N° 12: p. 13, la legalidad del pago (a un funcionario público) no debe examinarse de acuerdo con los parámetros americanos, sino en atención a los criterios legales e incluso sociales del país en que se practica la corrupción.

contradictorias y el uso que el tribunal arbitral puede dar a la información y evidencia que se presente ante sus cortes en los procedimientos arbitrales y las autoridades nacionales a cargo de investigaciones criminales²⁶².

4.5.- TRATAMIENTO JUSTO Y EQUITATIVO

El concepto de tratamiento justo y equitativo, aunque dinámico en el tiempo y permeable a las nuevas evoluciones doctrinarias, sirva de lente para analizar la problemática investigada. No es nuestro objetivo analizar su definición o contenido, sino qué efectos ha tenido la institución en la evaluación que hacen los paneles arbitrales de las actuaciones de los órganos del Estado. Debe señalarse eso sí, que el tratamiento justo y equitativo es ante todo un estándar o piso mínimo de trato (bajo el derecho internacional) esperable por parte del Estado receptor de inversiones hacia el inversionista extranjero²⁶³.

Según lo dispone el artículo 10.4 del Capítulo Diez Inversión del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos de América en su N° 1, cada parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas. Luego indica en el N° 2 que “trato justo y equitativo” incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles, o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo.

Los tribunales consistentemente han afirmado que la ausencia de un procedimiento justo, o la presencia de graves faltas procedimentales, constituyen elementos importantes al decidir la existencia de una violación del estándar de trato

²⁶² TIRADO, J., MATTHEW, P., MEAGUER, D. 2014 . *Corruption Investigations by Governmental Authorities and Investments Arbitration: An Uneasy Relationship*. ICSID Review, Vol 29 (2). p. 500 y 502.

²⁶³ GONZÁLEZ DE COSSÍO, FRANCISCO. 2009. *Arbitraje de Inversión*. México. Porrúa. p.143 y 144.

justo y equitativo²⁶⁴. Esto nos permite sostener, como ya se ha ido delineando, que los tribunales CIADI pueden y en la práctica han analizado y ponderado las actuaciones del Estado, desde su oportunidad, pertinencia y cumplimiento de normativa nacional y respeto a los estándares internacionales en materia de debido proceso.

Entonces, nada obsta a que un tribunal CIADI pondere las actuaciones del órgano encargado de la persecución penal (órgano del Estado que ejerce funciones públicas de dirección de la investigación de hechos que revisten caracteres de delito) y de los tribunales nacionales (Juzgados de Garantía y Tribunales Orales en lo Penal, y también de los Tribunales Superiores de Justicia) que juzgan los hechos sometidos a su conocimiento. Este análisis podría dirigirse tanto a las formas procesales como al fondo de la decisión.

Algunos fallos recordados por Christoph SCHREUER van más allá. El tribunal del denominado caso LOEWEN refiere que “todo el juicio (en sede nacional) y su veredicto resultante fueron claramente impropios y desacreditables y no se podían encuadrar en los estándares mínimos de derecho internacional y del trato justo y equitativo”²⁶⁵. Los jueces del caso PETROBART critican incluso el accionar gubernamental (entiéndase del Ejecutivo) en procedimientos judiciales.

Una doctrina como esta parece disipar todas nuestras dudas y emerge como un argumento de fuerza para fundar la competencia de los tribunales del CIADI en el análisis y juzgamiento de los procesos ventilados en los tribunales nacionales.

El trato justo y equitativo es, en nuestra opinión, la herramienta más fuerte de los tribunales del CIADI para conocer de los procesos judiciales nacionales.

Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO describe el contenido de la garantía del trato justo y equitativo, a partir de fallos que desarrollan actuaciones del Estado anfitrión que

²⁶⁴ SCHREUER, Christoph. 2006. *Tratamiento justo y equitativo*. Revista Internacional de Arbitraje. N° 5. p. 77 y 78.

²⁶⁵ Ibid. p. 79. Este fallo también es recogido por GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. 2009. *Arbitraje de Inversión*. México. Porrúa. p.159.

la conculcan²⁶⁶. Para nuestro análisis, será pertinente analizar algunas de estas conductas objeto de reproche y determinar si pueden ser cometidas por los órganos de persecución penal en ejercicio de sus funciones:

- Conductas arbitrarias: Sin perjuicio de la dificultad de definir este concepto, su reconducción a las acciones constitucionales y al derecho internacional puede permitir darle un contenido y evaluar las actuaciones del Ministerio Público y del órgano judicial que revisa las decisiones del primero. Además, se recoge esta garantía en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República de Chile, que exige a toda sentencia fundarse en un proceso legalmente tramitado, y sienta las bases de la garantía legal de un procedimiento e investigación racionales y justos²⁶⁷.
- Falta de Debido Proceso: Las violaciones a lo que constituye un proceso debido en detrimento de extranjeros se han considerado violatorias del estándar de trato justo y equitativo²⁶⁸. Sin perjuicio de que el debido proceso corresponde a una garantía de todo proceso, sea de naturaleza civil, administrativa o penal, interesa a esta investigación esta última.
- Denegación de justicia: Referida al impedimento, retraso u obstrucción para acceder a los tribunales, la denegación de justicia muestra con nitidez cómo un panel arbitral puede, sin cortapisas, evaluar y criticar los procedimientos judiciales internos del país anfitrión. El fallo MONDEV v EU que el autor citado reproduce, cuestiona abiertamente la decisión de un tribunal local, y la tilda de “impropia y desacreditable” para sentar la infracción al trato justo y equitativo²⁶⁹. Ahora bien, la casuística en estas materias es enorme.
- Falta de transparencia: La falta de transparencia ha figurado en varios laudos como violatoria del estándar de trato justo y equitativo²⁷⁰. En esta parte, los fallos recordados por el autor discurren sobre la base de procesos de negociación, operaciones comerciales o procedimientos administrativos. Para nuestro trabajo,

²⁶⁶ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. 2009. *Arbitraje de Inversión*. México. Porrúa. p.155 y siguientes.

²⁶⁷ El caso *Waste Management* que recuerda el autor citado, cuestiona la falta de un debido proceso que conduce a un resultado que infringe la rectitud judicial.

²⁶⁸ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. 2009. *Arbitraje de Inversión*. México. Porrúa. p.159.

²⁶⁹ *Ibid.* p.160.

²⁷⁰ *Ibid.* p.163.

la institución del secreto de las investigaciones en materia de Lavado de Activos, las actuaciones de investigación desarrolladas sin conocimiento de la parte afectada, el levantamiento de secreto bancario y la publicidad de la investigación para los intervinientes del proceso penal, son todos parámetros que un panel arbitral bien podrá ponderar al momento de enjuiciar un proceso penal nacional en sede CIADI.

CONCLUSIONES

1.- Nuestro punto de partida se encuentra en el desarrollo de investigaciones criminales por Lavado de Activos, estén o no terminadas por sentencia firme, que interfieran en una inversión extranjera. Y, a partir de ese escenario, nos preguntamos qué rol y qué facultades tienen los tribunales del CIADI para evaluar y sancionar los procesos penales desarrollados ante los tribunales nacionales del Estado anfitrión. Será el inversionista extranjero afectado por una investigación criminal quien demandará al Estado por las actuaciones de sus órganos que interfieren en su inversión.

A partir de la investigación desarrollada, podemos concluir, en primer lugar, que los Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones sólo otorgan protección a las inversiones que hayan sido desarrolladas respetando la legislación del Estado anfitrión. Si en cambio la inversión no se ha efectuado de conformidad con las leyes y reglamentos de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó, no se considera inversión y por tanto no goza protección. Los APPIs contienen algunas normas que nos aclaran el punto. El tratado de Libre Comercio con Estados Unidos refiere que las partes que celebren estos acuerdos sólo pueden impedir la realización de la transferencia de una inversión cubierta por medio de una aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe de sus leyes relativas, entre otros aspectos, a infracciones penales. Esta norma revela el principio de que no hay protección para las inversiones que provienen de la comisión de hechos delictivos en el Estado anfitrión.

Ahora bien, el proceso penal y las medidas cautelares e intrusivas que en él se dicten son por esencia provisionales. Bajo esta perspectiva, la afectación a una inversión puede ser transitoria, pero igualmente sustancial y por tanto gravosa para el inversionista. Y probablemente los proyectos productivos no pueden (ni quieren) esperar el usualmente lento desenlace de los procesos penales.

El comiso decretado mediante sentencia firme, en cambio, priva a una inversión definitivamente del dominio de la especie o dinero que han sido efectos del delito o de los instrumentos con que se ejecutó. Su carácter de sentencia de término no debe, necesariamente, dotar de más o menos legitimidad a la medida gubernamental.

2.- Hemos tenido en cuenta las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional de 1990, entre las que destacan, para efectos de nuestro estudio, la que indica que los países deberán contemplar entre sus medidas sanciones civiles, y/o procedimientos judiciales, incluyendo los de tipo civil, con el objeto de anular los contratos concluidos entre las partes, cuando éstas sabían o deberían haber sabido que el contrato dañaría la capacidad del Estado para conseguir reclamaciones económicas. Para nosotros, entonces, los Estados podrían instar por la nulidad de los contratos suscritos con inversionistas extranjeros cuando estos tienen como base económica capitales que provienen del lavado de activos.

3.- Como se adelantó, en principio estimamos que el CIADI no tiene facultades para requerir desde los órganos nacionales encargados de la persecución y sanción penal información o actuación alguna por expresa disposición legal en el artículo 20 Bis del Código Procesal Penal chileno. Pero los laudos analizados, en cambio, muestran una doctrina opuesta.

Entre los fallos analizados, se ha recogido la doctrina de que el tribunal CIADI, puede solicitar información acerca del desarrollo y conclusión de los procesos penales nacionales. Además, puede declarar admisibles las pruebas obtenidas en un proceso penal nacional, estimando que corresponde al tribunal arbitral decidir acerca de la admisibilidad de la prueba rendida y su valor probatorio. En virtud de lo anterior, el Tribunal tiene amplia discreción para pronunciarse sobre la admisibilidad de cualquier prueba presentada.

4.- Nos preguntamos cómo definir las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión, cuando aquellas diferencias provienen de la sustanciación de una causa criminal por Lavado de Activos, en que se han dispuesto

medidas intrusivas o cautelares. Para estos efectos analizamos el concepto de Expropiación Indirecta.

A partir del análisis de algunos fallos que propone la doctrina, los criterios propuestos por los paneles arbitrales para estimar que una actuación estatal que afecta una inversión no constituye una expropiación indirecta y por tanto no es indemnizable:

- Ejecutar la actuación en ejercicio de potestades públicas.
- Con miras a la consecución de un interés público.
- Existencia de la debida diligencia en la comprobación de los requisitos y situaciones fácticas en que se funda el acto.
- Sujeción a la ley (debido proceso) del Estado receptor de la inversión.

En la vereda opuesta, se han propuesto cuatro criterios para determinar la responsabilidad del Estado por haber adoptado medidas que equivalen a la expropiación, sin perjuicio de evaluar caso a caso, en función del contexto y realidad de cada país y empresa. Estos criterios son:

- La gravedad de las consecuencias: La privación del valor de la inversión debe ser total o sustancial.
- La extensión de los efectos de la medida estatal. Debe ser permanente o importante en el tiempo.
- El carácter de las medidas, en la medida que sean confiscatorias, arbitrarias, abusivas o discriminatorias.
- La eficacia de las mismas, esto es que las medidas adoptadas tengan una influencia importante en su funcionamiento.

5.- Finalmente, la pregunta más relevante se refirió al rol que debe adoptar un juez árbitro o panel arbitral ante conductas constitutivas de delito ejecutadas por una de las partes en un arbitraje. A partir de la doctrina del Juez Mr. LAGERGREN cuando una de las partes paga un soborno a los agentes estatales de la otra parte, pierde todo derecho para requerir protección de los agentes de la justicia. Se estimó que el contrato estaba viciado por un fraude, recibiendo de este modo una sanción por la vía del Derecho Civil.

Luego, en el año 1999 y en sede UNCITRAL, el Tribunal Arbitral afirmaba su oposición ante cualquier intento de utilización del proceso arbitral para dar efectos a contratos contaminados con corrupción.

En forma más reciente, el CIADI ha debido considerar conductas constitutivas de corrupción al momento de resolver acerca de su jurisdicción, utilizando la doctrina denominada *clean hands doctrine* para declinar su jurisdicción frente a actos corruptos y negando en su caso compensaciones a la parte culpable. Esta doctrina indica que bajo el derecho internacional las demandas relacionadas con hechos ilegales, sea conforme la ley nacional o internacional, no están permitidas.

Y es que el tribunal arbitral no puede quedar obligado por un convenio fraudulento a excluir un aspecto ilegal del arbitraje.

Si un contrato involucra lavado de dinero, y existe evidencia al efecto, los árbitros deben encontrar la forma de no otorgarle efectos.

Creemos que los tribunales del CIADI tienen competencia para analizar las conductas en que incurre el inversionista demandante, y resolver si tiene o no derecho a accionar.

6.- Con la tipificación en los países anfitriones de figuras penales que sancionan conductas ilícitas, y entre ellas el Lavado de Activos y la Corrupción, sea este último como delito autónomo o como figura base del Lavado, y luego a partir de la suscripción de instrumentos internacionales para la persecución y el castigo de estos delitos, los Estados anfitriones han delineado un orden público internacional, que los paneles de árbitros deben tomar en cuenta y aplicar en cuanto derecho vigente.

No puede olvidarse la incorporación en el derecho internacional de los instrumentos destinados al combate del delito de Lavado de Activos. Las disposiciones que apuntan a combatir conductas ilícitas en el comercio mundial se han vuelto cada vez más internacionales, y los árbitros internacionales tienen una vocación natural para

tomarlas en consideración. Los. El derecho penal internacional es parte del orden legal arbitral, de la misma manera que los usos del comercio y los principios generales del derecho internacional. A este respecto podemos agregar, además, la norma contenida en el artículo 42 del Convenio CIADI, que señala que en la resolución de la controversia, el tribunal arbitral aplicará el derecho sustantivo del Estado anfitrión cotejándolo con el derecho internacional .

Resulta entonces fundamental que tanto el Ministerio Público como las instancias del Poder Judicial consideren en sus procedimientos y resoluciones las normas del Derecho Internacional relativas a Inversiones y a persecución internacional del Lavado de Activos.

7.- Por su parte, el carácter de disponibles y/o patrimonial de los derechos discutidos en sede arbitral, confieren sin lugar a dudas competencia a los árbitros. En el ejercicio de esas competencias, nada obsta a que se pronuncien acerca de la validez o nulidad de un contrato, cuando existe una razón de orden público. Puede ser también que el fraude cometido por una parte, tal como el soborno a un funcionario de un Estado, sea considerado como una actuación dolosa que vicia el consentimiento de la otra parte.

Se ha estimado que al no tener el árbitro jurisdicción en materia penal, el punto a resolver es determinar cuáles son las consecuencias del delito de lavado de activos en la disputa civil sometida al conocimiento del árbitro. Parece aceptarse que los árbitros tienen jurisdicción sobre disputas que involucran alegaciones o pruebas de corrupción. Si ello es así, no hay razones de peso para que este no sea también el caso de lavado de dinero. De hecho, la cuestión que a menudo enfrenta a árbitros y a las partes que alegan la corrupción no es la jurisdicción sino, más bien, la naturaleza de la conducta censurable y, si se demuestra que existe, la determinación de la consecuencias de tal conducta bajo la ley aplicable.

8.- Para nosotros, si el tribunal del CIADI puede considerar los actos de corrupción del inversionista para resolver acerca de su competencia, o derechamente para pronunciarse sobre el fondo del asunto, bien puede analizar el origen de los dineros

que sirven de sustento económico al proyecto productivo vehículo de la inversión, y de estimar que tienen un origen bien puede desestimar la demanda. Se trata finalmente de un análisis de una materia de orden público, que cómo hemos visto no es ajena a los árbitros.

Uno de los Laudos analizados precisamente señala que el tribunal debe tomar en cuenta el origen del capital materia de la inversión.

9.- A esta altura nos hemos encontrado con algunos inconvenientes. No existe consenso en relación a cuales son los delitos base del Lavado de Activos. De no existir la misma tipificación de las conductas de Lavado de Activos en los distintos instrumentos internacionales y nacionales, pueden invocarse razones de tipicidad en contra de un Laudo Arbitral que aplica principios de derecho internacional, pero que en la sede nacional, donde se desarrolla la inversión cuestionada, no están descritos en la ley penal. El inversionista que reclama auxilio del tribunal arbitral, entonces, podría encontrarse en la situación de realizar conductas impunes ante los tribunales nacionales, pero ver su demanda rechazada en sede arbitral internacional, por aplicación de supuestos principios de orden público internacional invocados por el panel arbitral.

10.- Algunas doctrinas jurídicas analizadas muestran que la principal consideración de los árbitros es si las actividades de intervención en inversiones afectan a esta de forma sustancial o parcial, prescindiendo de sus propósitos. Se trata de una visión que privilegia la responsabilidad objetiva del Estado receptor de inversiones.

El análisis acerca de la intención de las autoridades no es más relevante que los efectos de la medida o que su forma, aunque esta sea legítima. La intención del Estado anfitrión es menos importante que el efecto de las medidas sobre quien detenta la titularidad de los bienes afectados por la medida o del beneficio derivado de aquellos. Para esta doctrina denominada *sole effect*, se debe considerar únicamente los efectos que la medida gubernamental tiene sobre la inversión, sin ningún otro factor y, en especial, el propósito y carácter de tal medida.

11.- En esta línea argumentativa no podemos olvidar las dificultades propias del proceso arbitral, las etapas del procedimiento, la forma de rendir la prueba, la dificultad para probar las intenciones de los Estados y los efectos de los Laudos, que difieren del objeto y fundamento del proceso penal y de las pretensiones punitivas de los Estados.

Los principios de debido proceso en un Estado democrático de Derecho, materializados en la presunción de inocencia, la carga de la prueba, el estándar de prueba y las garantías de un juzgamiento que requiere lograr convicción más allá de toda duda razonable difícilmente encuentran aplicación en un tribunal conformado y especializado en materias de inversión extranjera y de controversias jurídicas suscitadas en torno a estas.

12.- El interés de los Estados nacionales y de la Comunidad Internacional por tipificar y perseguir penalmente el Lavado de Activos se contrapone con el desarrollo y la velocidad de la actividad económica y la implementación de proyectos productivos. La inversión extranjera se sostiene en una institucionalidad internacional, que le permite acceder a jurisdicción arbitral pronta y alejada de los intereses del Estado anfitrión. Ello es una buena noticia.

Sin embargo, los tribunales creados en torno al CIADI deben, y no puede ser de otra forma, tomar en cuenta, indagar y ponderar acerca del origen de los capitales materia de inversión extranjera, con la misma intensidad que analizan y sopesan el desarrollo de los procesos penales nacionales.

BIBLIOGRAFÍA

AUTORES:

1. ÁLVAREZ, María Inés. *Crisis constitucionales y su influencia en el sistema de inversión extranjera. Institucionalidad Chilena y Responsabilidad del Estado en la protección al inversionista*. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de derecho. 2013, 135p.
2. AVILÉS, Víctor. 1998. *Orden Público Económico y Derecho Penal*. Conosur. 353p.
3. CONTRERAS, Marcelo. 2004. *Las medidas cautelares y el comiso, con especial referencia a las modificaciones efectuadas por la Ley N° 19.913*. Boletín Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado Fiscalía Nacional. N° 1. pp. 36-83.
4. CREMADES, Bernardo M. 2005. *Corrupción y arbitraje de inversión*. Revista Internacional de Arbitraje. N° 3: 50-75.
5. CRUZ BARNEY, Óscar. 2010. *El balance entre los derechos del inversionista extranjero y el Estado anfitrión: Soberanía y recepción jurídica*. [en línea]. 99-121. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996, 05/09/2001, [citado 03-09-2015], Arbitraje en materia de inversiones. Formato html, Disponible en Internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2815>, ISBN 978-607-02-1249-9.
6. ELGUETA, María Francisca y Palma, Eric. 2005. *La Investigación en Ciencias Sociales y Jurídicas*. 2da. Edición. ORION Colección Juristas Chilenos. 373p.
7. FAYA RODRÍGUEZ, Alejandro. 2011. *¿Cómo se determina una expropiación indirecta bajo tratados internacionales en materia de inversión?*.(en línea) http://works.bepress.com/alejandro_faya_rodriguez/58. (información al 15 de Mayo 2015).
8. PRIETO, María José. 2012. *Expropiación indirecta por medidas cautelares en procedimiento tributario*. Revista Chilena de Derecho. vol.39 (3). 809-817.
9. FERNÁNDEZ, Enrique. 2007. *Expropiación indirecta y arbitraje de inversiones extranjeras*. Revista Internacional de Arbitraje. N° 7: 10-65.
10. FERNÁNDEZ, Hernán. 2010. *Comentarios al modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas establecido por la ley N° 20.393 en relación a los delitos de cohecho*. Revista Jurídica del Ministerio Público. N° 43. 79-95.
11. FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. 2002. *Cooperación judicial internacional en materia de delitos financieros y Corrupción: problemas de extradición*. En su: Cooperación Policial y Judicial en materia de delitos Financieros, Fraude y Corrupción. 1era edición. Salamanca. Ediciones Universidad de Salamanca: 13-22.
12. FRÍAS, Carlos. 2005. Operaciones de Cambios Internacionales. Boletín Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional. N° 6. 9-16.
13. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. 2006. *Medidas equivalentes a expropiación en arbitrajes de inversión*. Revista Internacional de Arbitraje. N° 4: 144-177.

14. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. 2009. *Arbitraje de Inversión*. México. Porrúa. 384p.
15. HEREDERO SALAMANCA, Eusebio Andrés. 2002. *La Asistencia internacional en materia de blanqueo de dinero, desde la práctica policial*. En su: Cooperación Policial y Judicial en materia de delitos Financieros, Fraude y Corrupción. 1era edición. Salamanca. Ediciones Universidad de Salamanca: 395-400.
16. HERNÁNDEZ, HÉCTOR. 2004. Informe en Derecho. Boletín Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado Fiscalía Nacional. Nº 4. pp. 16-33.
17. HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. 2002. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. Tomo I.
18. SALATA, Rossana. 1997. *Tratamiento del Capital Extranjero en Chile*. Revista del Abogado. Nº 9: 26-29.
19. LAMM, C, PHAM.H, MOLOO, R. 2010. *Fraud and Corruption in International Arbitrations*. Liber Amicorum Bernardo Cremades. España. Editorial la Ley. 699-731.
20. LINARES RODRÍGUEZ, Enrique. 2012. *Homologación en terceros Estados de la sentencia dictada en Ecuador vs. Chevron*. En Anuario Español de Derecho Internacional Privado. Madrid. Iprolex: 581-606.
21. MATUS, Jean Pierre. 2004. *Informe sobre algunos aspectos sustantivos y procesales del delito de lavado de dinero del artículo 12 de la ley 19.366*. Boletín Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado Fiscalía Nacional. Nº 4. pp. 8-15.
22. MAYORGA, Roberto, MORALES, Joaquín, POLANCO, Rodrigo. 2005. *Inversión Extranjera, Régimen Jurídico y Solución de Controversias*. Santiago. Lexis Nexis. 565p.
23. MAYORGA, Roberto. 1997. *Inversión Extranjera y Blanqueo de Capitales*. Revista del Abogado. Nº 11: 16-19.
24. MCDOUGALL, A. 2005. *International Arbitration and Money Laundering*. American University International Law Review, Nº 20 (5) 1021-1054.
25. MENAKER, A. 2010. *The Determinative Impact of Fraud and Corruption on Investments Arbitrations*. ICSID Rev-FILJ Nº 25. 67-75.
26. MONTT, Santiago. 2006. *Las Inversiones como nuevo límite a la acción de los poderes público: Expropiaciones Indirectas y control del Estado regulador ante Tribunal Arbitrales Internacionales*. Revista de Derecho Administrativo Económico. Nº 16: 33-70.
27. MONTT, Santiago. 2005. *Aplicación de los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones por tribunales chilenos. Responsabilidad del Estado y expropiaciones regulatorias en un mundo crecientemente globalizado*. Revista Chilena de Derecho. Vol. 32 (1): 19-78
28. MONTT, Santiago. 2009. *State Liability in Investment Treaty Arbitration. Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*. First Edition. Hart Publishing. 460 pp.
29. Santiago Montt
30. MORALES, Joaquín y POLANCO, Rodrigo. 2002. *Jurisdicción internacional versus jurisdiccional nacional*. Gaceta Jurídica. Nº 268: 7-34.
31. MOURRE, Alexis. 2008. *Arbitraje y derecho penal: competencia, arbitrabilidad y derechos del tribunal arbitral*. Revista Internacional de Arbitraje. Nº 9: 10-59.

32. NIETO, Adán. 2003. *La corrupción en el comercio internacional*. Revista Penal. España. Nº 12:3-26.
33. PÁEZ, Marisol. 2006. La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los Estados. Revista de Estudios Internacionales Nº 153. 5-36.
34. PALOMO DEL ARCO, Andrés. 2002. *Asistencia internacional en el lavado de dinero*. En su: Cooperación Policial y Judicial en materia de delitos Financieros, Fraude y Corrupción. 1era edición. Salamanca. Ediciones Universidad de Salamanca: 305-331.
35. PAZÓ, Nelly y YUBERO, Elena. 2007. *Aspectos procesales de la jurisdicción del CIADI: medidas provisionales y rechazo por manifiesta falta de fundamento*. Revista de Estudios Internacionales Nº 158. 133-147.
36. PÉREZ PACHECO, Yaritza, 2013. Consentimiento estatal al arbitraje del CIADI. Lecciones y Ensayos, Nro. 91. 11-57.
37. PÉREZ PACHECO, Yaritza. 2012. *Objeciones a la jurisdicción arbitral del CIADI*. CDT Vol. 4. Nº 1: 316-333.
38. PICAND, Eduardo. 2005. *Arbitraje comercial internacional*. Editorial Jurídica. Santiago. Tomo II. 7-362.
39. POLITOFF, S., MATUS, J., RAMÍREZ, M. 2003. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte especial*. 2da. Edición. Editorial Jurídica. Tomo I.
40. PRAMBS, Claudio. 2005. El Delito de Blanqueo de Capitales. Santiago. Lexis Nexis. 585p.
41. SÁNCHEZ ULLED, Emilio. 2002. *Cooperación judicial internacional. Especial referencia a los delitos relacionados con la corrupción*. En su: Cooperación Policial y Judicial en materia de delitos Financieros, Fraude y Corrupción. 1era edición. Salamanca. Ediciones Universidad de Salamanca: 127-152.
42. SCHREUER, Christoph. 2006. *Tratamiento justo y equitativo*. Revista Internacional de Arbitraje. Nº 5: 12-87.
43. TIRADO, J., MATTHEW, P., MEAGUER D. 2014 . *Corruption Investigations by Governmental Authorities and Investments Arbitration: An Uneasy Relationship*. ICSID Review, Vol 29 (2). 493-513.
44. VÁSQUEZ, María Fernanda. 2006. *Arbitraje ante el CIADI: aspectos relevantes y reflexiones sobre su operatividad*. Revista Derecho de la Empresa Legis. Santiago de Chile, en http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/A/arbitraje_ante_el_ciadi/arbitraje_ante_el_ciadi.asp (Septiembre 2015).
45. ZAVALA, José Luis y MORALES, Joaquín. 2003. Derecho Económico. 2da. Edición. Lexis Nexis . 229p.

NORMAS JURÍDICAS:

1. Ley 19.913 que crea la Unidad de Análisis Financiero y Modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de capitales.
2. Ley 20.393 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica.

3. Ley 20.848 que establece el marco de la inversión extranjera directa en Chile y crea la institucionalidad respectiva.
4. Código Procesal Penal chileno.
5. Código Penal chileno.
6. Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988.
7. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2004.
8. Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia Organizada Transnacional, denominada Convención de Palermo, de 2000.
9. Convenio de la Organización de Cooperación y de Desarrollo Económicos para la lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, publicado en el diario oficial el 30 de Enero de 2002.
10. Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados CIADI, de 1965.
11. Tratado de Libre Comercio suscrito entre Chile y los Estados Unidos de América.
12. Convenio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República del Perú para la Promoción y Protección recíproca de Inversiones.
13. Acuerdo entre el Gobierno de la República de Chile y el Reino de España para la Protección y Fomento Inversiones.

