

Naturaleza jurídica del comiso sin condena previa en la nueva Ley de Delitos Económicos

*Substantive status of non-conviction-based confiscation in the new
Economic Crime Law*

Diva Serra Cruz 

Universidad de Concepción, Chile

Ximena Marcazzolo Awad 

Universidad del Desarrollo, Chile

RESUMEN

El artículo tiene por objetivo analizar la naturaleza jurídica del comiso sin condena previa establecido en el artículo 41 de la Ley 21.595 de Delitos Económicos, con miras a determinar si este tiene o no naturaleza punitiva y cuáles son las principales diferencias entre este estatuto de regulación y aquel contemplado en la Ley 21.577, sobre asociaciones delictivas y criminales, que modifica el Código Penal e introduce nuevas reglas generales en materia de comiso y nuevas reglas específicas de comiso, aplicables solo a las asociaciones delictivas y criminales. Para ello, se utiliza un método dogmático, teniendo especialmente a la vista no solo el texto de las nuevas leyes de nuestro ordenamiento jurídico, sino las reflexiones de la doctrina nacional y extranjera en torno a esta nueva figura, principalmente la española y alemana. En este sentido, el resultado principal de este artículo consiste en haber constatado la naturaleza punitiva del instituto a la luz de razones tanto de orden sustantivo como de orden procesal.

PALABRAS CLAVE

Comiso sin condena previa • delitos económicos • asociaciones delictivas y criminales.

ABSTRACT

The purpose of this Article is to analyse the legal nature of the confiscation without prior conviction established in article 41 of Law 21.595 on Economic Crimes, with a view to determining whether or not it has a punitive nature and what are the main differences between this regulatory statute and that contemplated in Law 21.577, on criminal associations, which amends the

Criminal Code and introduces new general rules on confiscation and new specific rules on confiscation, applicable only to criminal associations. For this purpose, a dogmatic method is used, taking into account not only the text of the new laws of our legal system, but also the reflections of national and foreign doctrine on this new figure, especially from Spain and Germany. In this sense, the main result of this article consists of having established the punitive nature of the institute in the light of both substantive and procedural reasons.

KEYWORDS

Confiscation without conviction • economic crimes • criminal associations.

I. INTRODUCCIÓN

El comiso sin condena es una institución reciente en nuestro ordenamiento jurídico. Fue introducido por la Ley 21.575 del 23 de mayo de 2023, que modifica el artículo 45, incisos tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo y octavo de la Ley 20.000¹. Posteriormente, con la dictación de la Ley 21.577 del 15 de junio de 2023, se establece una nueva regulación de carácter general para el comiso que modifica no solo el artículo 31 del Código Penal, sino que introduce nuevas reglas que implican que dicha sanción pecuniaria de carácter extendido ya no será exclusiva de algunas leyes especiales, sino que operará como regla. La razón de esta modificación es que, hasta la entrada en vigencia de la Ley 21.577, la regulación del comiso contenida en el Código Penal era muy limitada², contemplándose en el artículo 31 del Código Penal como pena accesoria para todos los crímenes y simples delitos, y en el artículo 500 como pena facultativa para las faltas.³ En am-

¹ Esta disposición, contempla las siguientes hipótesis de comiso sin condena: i) comiso de cosas especialmente aptas para ser utilizadas delictivamente incluso cuando el imputado fuere absuelto o sobreseído, bastando que se demuestre su uso en un hecho delictivo; ii) comiso de los efectos del delito cuando el imputado fuere absuelto o sobreseído, siempre que se establezca que la cosa proviene de un hecho ilícito. Dicho comiso no procederá respecto del tercero de buena fe; iii) respecto de efectos de posesión ilícita, el comiso procederá en todos los casos; iv) comiso de ganancias que proceden de un hecho ilícito cuando el imputado fuere sobreseído o absuelto.

² SERRA Y MARCAZZOLO (2023), pp. 156-157.

³ Es interesante apreciar que, en este último caso, el legislador fue más detallista y agregó en el artículo 499 del Código Penal el listado de cosas que caen en comiso en los casos de faltas. Dicho listado está compuesto por: i) las armas que llevare el ofensor al hacer un daño o inferir injuria, si las hubiere mostrado; ii) las bebidas y comestibles deteriorados y nocivos; iii) los efectos falsificados, adulterados o averiados que se expendieren como legítimos o buenos; iv) los comestibles en que se defraudare al público en cantidad o calidad; v) las medidas o pesos falsos; vi) los enseres que sirvan para juegos o rifas; vii) los efectos que se empleen para adivinaciones u otros engaños semejantes. En doctrina sobre el comiso antes de las reformas aquí analizadas, se puede consultar ANANÍAS (2014), HASBÚN (2018a; 2018b).

bos casos, se encontraba descrita simplemente como la pérdida tanto de los instrumentos como de los efectos del delito⁴.

La Ley 21.577 establece, como regla general, el comiso de ganancias cuando exista sentencia condenatoria (artículo 24 bis del Código Penal) y el comiso de ganancias contra determinados terceros que no han intervenido en la perpetración del hecho (artículo 24 ter). A ello, se adiciona el comiso de cosas que han sido empleadas como instrumento en la perpetración de un delito y que son especialmente aptas para su comisión (artículo 31 del Código Penal), además del comiso de instrumentos cuando son cosas que no son especialmente aptas para utilizarse delictivamente y que han servido de instrumento en la perpetración del hecho (artículo 31 bis del Código Penal), y el comiso de los efectos del delito, siempre que se establezca que la cosa proviene de un hecho ilícito (artículo 31 ter del Código Penal). En cada uno de estos casos se agregan reglas sobre su procedencia en casos de absolución e incluso en contra de terceros de buena fe, si se trata de cosas cuya tenencia está prohibida por la ley⁵, lo que convierte al estatuto de regulación del comiso en uno especialmente complejo.

Por otra parte, la misma ley dispone otro estatuto de comiso de ganancias sin condena previa para una serie de hipótesis vinculadas con las organizaciones delictivas y criminales (artículo 294 bis del Código Penal) y un comiso por equivalencia de dinero, o cosas enajenadas, perdidas u ocultadas, que solo procede como consecuencia adicional a la pena (artículo 294 ter del Código Penal).

Por su parte, la Ley 21.595 sobre Delitos Económicos, también consagra —para esta especie de delitos— un comiso de ganancias con condena (artículo 40) y otro sin condena, procedente en los mismos casos consignados en el artículo 294 bis del Código Penal, a propósito de las asociaciones ilícitas y delictuales (artículo 41)⁶. El mismo artículo 41 indica que

⁴ En materia de faltas, el Código Penal regula el comiso en los artículos 499 y 500.

⁵ Así sucede con el comiso de instrumentos cuando estos sean cosas especialmente aptas para ser utilizadas delictivamente, tal como indica el artículo 31; además, se entenderá que son especialmente aptas para ser utilizadas delictivamente, aquellas cosas cuya tenencia o porte se encuentra en general prohibido por la ley. Lo mismo ocurre con el comiso de los efectos regulado en el artículo 31 ter, pues el inciso final de dicha disposición señala que, si se trata de efectos de tenencia ilícita, este procederá en todos los casos.

⁶ Estas situaciones son las siguientes: i) cuando se dicte sobreseimiento temporal conforme a las letras b) y c) del inciso primero y al inciso segundo del artículo 252 del Código Procesal Penal; ii) que se dicte sentencia absolutoria fundada en la falta de convicción a la que se refiere el artículo 340 del Código Procesal Penal o sobreseimiento definitivo fundado en la letra b) del artículo 250 del mismo Código; iii) que se dicte sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria fundados en la concurrencia de circunstancias que

procederá el comiso sin condena también en aquellos casos establecidos en el artículo 24 ter del Código Penal, es decir, en contra de quienes no han intervenido en la perpetración del hecho, siempre que se encuentren en alguna de dichas hipótesis⁷.

Así las cosas, existen importantes semejanzas entre el comiso de ganancias sin condena previa regulado en el artículo 294 bis del Código Penal, incorporado por la Ley 21.577 de asociaciones delictivas y criminales y el comiso consignado en los artículos 40 y 41 de la Ley 21.595 de Delitos Económicos. Sin embargo, junto con las mentadas coincidencias, existen importantes diferencias. En concreto, mientras en la Ley de Delitos Económicos el origen de las ganancias debe ser «un hecho ilícito que corresponda a un delito económico», el artículo 294 bis hace referencia al comiso de ganancias obtenido por una organización delictiva, razón por la cual resulta necesario precisar si los términos empleados por el legislador realmente conllevan diferencias o estas solo son aparentes.

Ahora bien, dado que tradicionalmente el comiso fue tratado como una pena accesoria en nuestro sistema de derecho penal, resulta necesario pronunciarse acerca de la naturaleza punitiva o no, del comiso de ganancias sin condena que, pese a la absolución o sobreseimiento, se puede aplicar en materia de delitos económicos en la medida que se satisfagan las hipótesis del artículo 41 de la Ley 21.595.

Uno de los elementos que se tomará en consideración para esta discusión es lo establecido por el artículo 20 del Código Penal, que dispone de un nuevo inciso final que indica que «*tampoco se reputa pena el comiso de las ganancias provenientes del delito, ni cualquier forma de comiso sin condena prevista por la ley*». Entonces, resulta evidente la pregunta: ¿qué significa que no se reputa pena? ¿Esto equivale a negarle una naturaleza punitiva a esta especie de comiso? En lo que sigue, se procurará responder esta interrogante a la luz de la nueva regulación incorporada en nuestro

eximen de responsabilidad y que no excluyen la ilicitud del hecho; iv) o bien, que se dicte sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria fundados en haberse extinguido la responsabilidad penal o en haber sobrevenido un hecho que, con arreglo a la ley, ponga fin a esa responsabilidad.

⁷ Las hipótesis son las siguientes: que adquieran dicha ganancia como heredero o asignatario testamentario, a cualquier título gratuito o sin título válido, a menos que la hayan adquirido del mismo modo que un tercero que no se encontrare en la misma circunstancia ni en las que se mencionan a continuación; que la obtenga mediante el hecho ilícito y los intervinientes en la perpetración del hecho actuaron en su interés; que la hubiese adquirido sabiendo o debiendo saber su procedencia ilícita al momento de la adquisición; o bien, se trata de una persona jurídica que ha recibido la ganancia como aporte a su patrimonio.

ordenamiento jurídico, tanto por la Ley 21.595 como por la Ley 21.577, teniendo a la vista la doctrina nacional y su comparación, especialmente con la española y alemana, para dilucidar la naturaleza punitiva o no del comiso sin condena previa.

Para lograr el objetivo propuesto, se comenzará analizando la regulación del comiso en la Ley 21.595, que contempla dos casos de comiso sin condena previa. A continuación, se llevará a cabo una comparación entre las disposiciones que regulan el comiso como regla general, a propósito de las asociaciones delictivas y criminales y en la Ley de Delitos Económicos. Esto resulta relevante, pues la regla general incorporada en el Código Penal en materia de comiso sin condena previa ingresa con la Ley 21.577 y no con la Ley 21.595, razón por la cual es fundamental atender a esa regulación para interpretar el comiso en la Ley de Delitos Económicos y, especialmente, para iluminar la discusión acerca de su naturaleza jurídica. En este punto, se recurre al derecho extranjero, con el único objetivo de efectuar algunos contrapuntos discursivos relacionados con los argumentos que se levantan en España y Alemania para defender la naturaleza punitiva del instituto. Finalmente, concentrando la discusión en el ordenamiento jurídico nacional, se ofrecen razones de carácter sustantivo y otras de carácter procesal para defender la naturaleza punitiva del comiso sin condena previa y del comiso de ganancias.

II. LA REGULACIÓN DEL COMISO EN LA LEY 21.595

La Ley 21.595 plasma una regulación específica en relación con el comiso de ganancias en los artículos 40 y 41. En este último se contemplan dos casos de comiso sin condena previa. Se trata del comiso de ganancias respecto de quienes hubieran intervenido en el hecho ilícito y respecto de los terceros mencionados en el artículo 24 ter del Código Penal. Por su parte, el artículo 40 hace referencia al comiso de ganancias que requiere condena previa. La diferencia entre estas disposiciones consiste en que mientras la primera hace alusión a esta especie de comiso cuando existe una sentencia condenatoria, la segunda hace referencia al caso en que no existe tal resolución. Lo anterior es sin perjuicio de las reglas generales sobre el instituto que se encuentran plasmadas en el Código Penal y que resultan aplicables a los delitos económicos de acuerdo con las reglas generales.

En relación con el comiso de ganancias, la disposición que lo plasma de forma generalizada es el artículo 24 bis del Código Penal. De la lectura de dicho precepto, resulta claro que el artículo 40 de la Ley de Delitos Económicos es innecesario porque se limita a repetir la regla general consignada en el artículo 24 bis del Código Penal, vale decir, que siempre

que exista una condena criminal procede decomisar las ganancias que se originen en un delito.

Además, dicha disposición proporciona una definición acerca de qué es una ganancia, explicando que mediante esta «*se priva a una persona de activos patrimoniales cuyo valor corresponda a la cuantía de las ganancias obtenidas a través del delito, o bien para o por perpetrarlo*». Como se observa, el comiso de ganancias se relaciona con las utilidades derivadas del delito, las que, como especifica el inciso segundo del artículo 24 bis, comprenden los frutos, sin importar su naturaleza jurídica, y los costos evitados por el hecho ilícito. Finalmente, el inciso tercero consigna que no se descuentan los gastos necesarios para la ejecución del delito. Ahora bien, la definición de comiso de ganancias que se mencionó anteriormente alude a las «ganancias obtenidas a través del delito». El empleo de la expresión delito resulta coherente cuando se está ante un comiso de ganancias en el contexto de una sentencia condenatoria, pero no se condice con la situación que se genera en los casos en que no se ha dictado una sentencia. Ello porque la definición de ganancias formulada por el Código Penal lleva implícita la existencia de un delito, lo que se determina exclusivamente a través de la dictación de una condena. Entonces, es dable afirmar que cuando no existe sentencia condenatoria el comiso de ganancias no deriva de la realización de un delito, sino que de otro tipo de hecho. Esto también explica que cuando el legislador ha dispuesto el comiso de ganancias sin requerir sentencia condenatoria ha elaborado disposiciones especiales que lo admiten en casos limitados. Esto se verifica en las leyes 21.575, 21.577 y 21.595.

Lo expresado queda refrendado por lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 21.595, que contempla una hipótesis de comiso de ganancias sin condena. En este caso, el legislador exige que las ganancias hayan sido obtenidas de «*un hecho ilícito que corresponda a un delito económico, aunque*», después de lo cual enumera cuatro casos que corresponden a hipótesis de absolución o de sobreseimiento temporal o definitivo en los que procede esta especie de comiso.

Entonces, la primera cuestión que corresponde dilucidar es qué significa que la ganancia haya sido obtenida a través de un «hecho ilícito que corresponda a un delito económico». Lo expresado no es algo sencillo de determinar porque el estatuto reforzado de delitos económicos contemplados en la Ley 21.595⁸, dispone distintas categorías de delitos económi-

⁸ Así, explicando cuáles son los elementos que componen el estatuto reforzado de respuesta penal, véase SERRA (2023), pp. 77-110. Se puede consultar también, BASCUÑÁN Y WILENMANN (2023), pp. 101 y siguientes, en que abordan las consecuencias del tratamiento de un delito como económico; en similar sentido, NAVAS (2024), p. 84.

cos; algunas de estas se relacionan con un cargo, función o posición que se detenta en una empresa o cuando el hecho se realiza por un beneficio económico o de otra naturaleza para una empresa⁹. Sin embargo, el legislador ha expresado que existen delitos que siempre se considerarán económicos, los que se mencionan en el artículo 1 de la Ley 21.595.

Una primera aproximación respecto del significado de «hecho ilícito que corresponda a un delito económico» es entender que hecho ilícito y delito económico son sinónimos, vale decir, que son equivalentes. Lo anterior se fundamentaría en el sentido natural y obvio del verbo corresponder como concordar o encajar o coincidir¹⁰. Esta interpretación debe ser rechazada, toda vez que el encabezado del artículo 41 de la Ley de Delitos Económicos, así como las hipótesis de procedencia de esta especie de comiso, no permite asimilar hecho ilícito con delito porque este último se vincula con la concurrencia de todos los elementos que lo constituyen, lo cual en la mayoría de los casos¹¹ supone la existencia de una sentencia condenatoria.

La segunda opción consiste en estimar que la alusión a *delito económico* debe ser leída como un caso en el que necesariamente existe una condena que hubiese determinado la existencia de un delito de dicha naturaleza. Sin embargo, respecto de otro interviniente en ese mismo ilícito, se habría dictado una absolucón o sobreseimiento, conforme a lo establecido en los numerales primero al cuarto del artículo 41 de la Ley. Esta lectura del precepto debe ser rechazada, ya que implicaría una hipótesis de comiso de ganancias con condena, en concurrencia con un comiso de ganancia sin condenas respecto del interviniente absuelto o sobreseído. Esto significaría que esta institución solo procede cuando al menos uno de los intervinientes en un hecho punible ha sido condenado. Esto implicaría que no existiría hipótesis de comiso de ganancia cuando ninguno de los intervinientes hubiera sido condenado. Esta interpretación no se condice con la clasificación que realizan los artículos 40 y 41 de la Ley de Delitos Económicos. Primero, porque claramente el legislador quiere diferenciar

⁹ Se trata de las categorías segunda y tercera de delitos económicos que se encuentran plasmadas en los artículos 2 y 3 de la Ley 21.595. A estas dos categorías se suma la cuarta, que se refiere a los delitos de receptación y blanqueo de activos, exigiendo que los hechos de los que provienen las especies, además de ser constitutivos de los delitos que, menciona, provengan de delitos económicos de la primera, segunda o tercera categoría.

¹⁰ Diccionario de la Real Academia Española: «Dicho de una cosa: Tener proporción con otra. [...] concordar, ajustar, casar, encajar, compaginar, coincidir».

¹¹ Las excepciones serían las excusas legales absolutorias y condiciones objetivas de punibilidad, casos en los que falta la punibilidad de la conducta. Sobre este tema, véase MATUS Y RAMÍREZ (2021), p. 716.; JESCHECK Y WEIGEND (2002), p. 595.

dos especies de comiso con ganancias, con y sin condena, pero por sobre todo porque el artículo 41, al aludir al hecho ilícito, demuestra que un injusto penal puede dar lugar a este tipo de decomiso, de lo contrario, habría bastado indicar que debe existir una condena que determine la existencia de un delito económico respecto de alguno de los intervinientes, mas no respecto de otros. Expresado en otros términos, si el comiso de ganancias siempre exigiera condena previa, habría bastado incluir a los imputados absueltos o sobreesidos junto con las hipótesis de terceros contemplados en el artículo 24 ter del Código Penal. En cambio, esta disposición da cuenta de la intención del legislador por establecer la procedencia del comiso de ganancias incluso cuando no se ha acreditado la existencia de un delito.

Una tercera alternativa, consiste en interpretar el significado de *hecho ilícito* desde el principio de accesoriadad penal limitada¹², esto es, que satisfaga la exigencia de tipicidad y antijuridicidad respecto de una figura penal que pueda ser catalogada como delito económico, prescindiendo del reproche de culpabilidad. Se trataría de una accesoriadad que demanda la concurrencia de los dos elementos del delito mencionado, en tanto constituye un paso previo para estimar que las ganancias son susceptibles de ser decomisadas. Esta fórmula ha sido empleada en otras ocasiones por nuestro legislador, por ejemplo, en materia de lavado de dinero en el artículo 27 de la Ley 19.913 inciso sexto, cuyo tenor es el siguiente:

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

Esta disposición dice relación con el delito base del cual provienen los bienes ilícitos que son objeto del lavado de activos. De acuerdo con este estatuto, basta que el delito precedente sea probado a nivel de tipicidad y de antijuridicidad para considerar su ilicitud.

De seguir esta tercera interpretación, el comiso de ganancias sin condena requiere que estas provengan de un hecho que sea típico y antijurídico, por lo tanto, se debe satisfacer el principio de tipicidad en relación con la figura penal concurrente y la antijuridicidad de la misma. Esto puede resultar particularmente complejo respecto de los delitos económicos de

¹² De acuerdo con la tesis de accesoriadad limitada no es necesario que el delito base sea culpable y punible, sino que es suficiente que sea típico y antijurídico. Al respecto, véase VERDE (2021), pp. 12 y siguientes.

segunda, tercera y cuarta categoría, los que demandan la concurrencia del elemento empresa como factor de conexión para la aplicación del estatuto reforzado y, además, que el delito sea realizado por un ser físico que ocupe un cargo, función o posición en la empresa, o que el ilícito se ejecute en beneficio económico o de otra naturaleza para la empresa. Ahora bien, no obstante la dificultad que se constata, no es menos cierto que es posible establecer la conexión de una persona con la empresa, sin perjuicio de que, en el caso concreto, no pueda realizarse el juicio de reproche. De ello da cuenta la hipótesis de absolución del imputado, por haber sido reconocida su inocencia en el hecho o encontrarse extinguida la responsabilidad penal.

De acuerdo con lo expresado, en este trabajo se asume que el artículo 41 hace mención a que las ganancias deben ser obtenidas a través de un hecho ilícito que corresponda a un delito económico, lo que debe interpretarse como sinónimo de injusto, esto es, un hecho típico y antijurídico. Lo expresado, como se verá, resulta relevante para determinar la naturaleza de este instituto¹³.

III. DIFERENCIAS QUE EXISTEN EN RELACIÓN CON LA REGLA DE COMISO SIN CONDENA, A PROPÓSITO DE LAS ASOCIACIONES DELICTIVAS Y CRIMINALES

El comiso sin condena en materia de organizaciones delictivas o criminales se encuentra regulado en el artículo 294 bis del Código Penal. Este precepto, a diferencia del artículo 41 de la Ley 21.595 o del artículo 45 inciso octavo de la Ley 20.000¹⁴, que expresamente aluden al hecho ilícito del cual provengan las ganancias, dispone «*el comiso de las ganancias obtenidas por una organización delictiva o criminal, en los términos del artículo anterior, si se dicta*», mencionando en sus cuatro numerales a continuación la hipótesis de absolución o de sobreseimiento idénticos a los consignados por la Ley de Delitos Económicos. Si bien el inciso segundo indica expre-

¹³ Injusto penal como infracción a una norma penal, reservando el reproche de culpabilidad para una instancia posterior. Véase ALPACA (2022), pp. 284-285. Para VAN WEEZEL (2023), pp. 127-128, el injusto penal se compone de un injusto objetivo y de uno subjetivo. Agrega que la existencia de ambos permite poner en jaque la vigencia de la norma. El injusto objetivo se identifica con lo expresado en este trabajo. Para RETTIG injusto es sinónimo de hecho típico y antijurídico o conducta típica y antijurídica (2020), p. 27. FRISCH entiende injusto como el desvío de un individuo respecto de las normas de conducta, la infracción de las normas prohibitivas e imperativas (2004), p. 39.

¹⁴ Artículo 45 inciso octavo, frase final: «*Siempre que se establezca que las ganancias proceden de un hecho ilícito el juez decretará el comiso de ellas, aunque el imputado fuere sobreseído o absuelto*».

samente que se trata de un comiso de ganancias sin condena, y el inciso tercero establece que se aplicará mediante el procedimiento del título 3 bis del libro 4 del Código Procesal Penal, que corresponde al que se aplica cuando no existe condena previa, no es menos cierto que la mención del inciso primero a la organización criminal o delictiva no es la más adecuada, porque podría interpretarse como una exigencia de condena. Sin perjuicio de esta confusa técnica legislativa, tanto los numerales del precepto que mencionan casos de sobreseimiento, como los incisos segundo y tercero, plasman con claridad que este precepto se incardina dentro de una hipótesis de comiso sin condena. En este trabajo se participa de esa interpretación.

Por lo tanto, pese a la deficiente técnica legislativa, se estima que el artículo 294 bis del Código Penal, el artículo 41 de la Ley de Delitos Económicos y el artículo 45 de la Ley 20.000 contemplan hipótesis de comisos de ganancias que derivan de hechos ilícitos, no siendo necesario establecer judicialmente que se está ante un delito. Sin embargo, el hecho de que no se requiera de la existencia de una sentencia condenatoria con relación al delito que se persigue, no implica que desaparezca la naturaleza punitiva del instituto, cuestión sobre la que se profundizará a continuación.

IV. NATURALEZA JURÍDICA DEL COMISO SIN CONDENA PREVIA:

¿NO ES O NO SE REPUTA PENA?

Tal como se ha afirmado en la introducción de este texto, la Ley 21.577 modificó el artículo 20 del Código Penal para agregar un artículo final. Este indica que, al igual como ocurre con la restricción o privación de libertad de los detenidos, los sometidos a prisión preventiva u otras medidas cautelares personales, o con la separación de los empleos públicos dispuesta por las autoridades en el ejercicio de sus atribuciones, o por el tribunal durante el proceso o para instruirlo, las multas y demás correcciones que los superiores imponen a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas tampoco se consideran penas. Esto se aplica también al comiso de las ganancias provenientes del delito o a cualquier forma de comiso sin condena prevista por la ley, lo que permite abrir el debate sobre la naturaleza jurídica de este tipo particular de comiso.

Como se puede apreciar de la interpretación del artículo 20 del Código Penal reformado, la fórmula que ha utilizado el legislador no es una solución deontológica acerca de lo que es, sino una que no clausura el debate acerca de la naturaleza jurídica del comiso, en el caso que este se verifique sin condena previa, pues en el resto de los casos sigue resultando claro que

se trata de una pena pecuniaria y accesoria, tal como indica toda la doctrina nacional al clasificar las sanciones penales¹⁵.

En cuanto al contenido del artículo 20 del Código Penal, si bien con anterioridad a la reforma operada mediante la Ley 21.577, la doctrina nacional había señalado que en la medida que el precepto citado expresa que las sanciones administrativas «no se reputan penas», no se desconocería que lo son¹⁶, agregando que, aun cuando formalmente no se las tenga consideradas penas, sí se reconoce que participan de la misma naturaleza¹⁷. Es más, en relación con la disposición, se ha señalado que tiene: «Más un carácter programático que real o sustantivo, pues no señala cuándo las medidas correctivas y, en especial, la multa, son sanciones administrativas o son penas, ya que no se puede atender a la autoridad que las impone»¹⁸.

Con esto, sin ánimo de reproducir aquí la discusión acerca de la distinción entre derecho penal y derecho administrativo sancionador que emana de la disposición, se busca simplemente poner en evidencia que la reforma del artículo 20 no resuelve el problema. Ello porque al utilizar una fórmula formal y no sustantiva, obliga a indagar otros caminos para resolver la pregunta acerca de si el comiso sin condena previa y el comiso de ganancias pueden considerarse penas o, en su defecto, qué naturaleza jurídica es la que mejor resuelve la encrucijada. Previo a tomar postura sobre la naturaleza del instituto, conviene revisar la discusión similar que ha tenido lugar en sistemas extranjeros, especialmente en el derecho penal español y alemán.

1. Revisión de algunos sistemas extranjeros

Como cuestión previa y argumento de contexto, conviene tener presentes las posturas sostenidas por algunas doctrinas extranjeras en relación con la naturaleza jurídica del comiso regulado respecto de los ordenamientos jurídicos seleccionados. Lo expresado se realiza con la finalidad de dar cuenta que esta discusión se ha presentado en sistemas de derecho penal foráneos, no encontrándose zanjada. Para estos efectos, se han escogido

¹⁵ Así, por ejemplo, LABATUT (2005), pp. 260-261, incluyendo el comiso entre las penas pecuniarias; también GARRIDO (2021), p. 309, CURY (2020), p. 702, y ETCHEBERRY (1997), p. 167.

¹⁶ GARRIDO (2021), p. 87.

¹⁷ CURY (2022), p. 118.

¹⁸ COUSIÑO (1975), pp. 25-26. En sentido similar, HERNÁNDEZ (2011), p. 445, indica que tiene «un carácter exclusivamente negativo: define aquello que para los efectos del Código no se reputa pena (no resuelve si efectivamente lo son o no) y que, consecuentemente, queda fuera del ámbito de aplicación del mismo».

dos modelos legislativos que han incorporado comisos sin condena, como son el alemán y el español. La razón de esta opción se relaciona con el hecho de que, en dichos ordenamientos jurídicos, aunque el legislador pretendía incorporar medidas ablativas no penales, en ambos casos parte de la doctrina cuestiona su naturaleza, adoptando posiciones disímiles.

Ahora bien, los autores foráneos mencionados en este artículo no cuestionan la necesidad de contar con mecanismos que permitan perseguir los bienes de orígenes ilícitos. Tampoco discuten la relevancia de evitar que los frutos de la actividad delictiva puedan favorecer la realización de nuevos delitos, especialmente en ámbitos como la delincuencia organizada y los delitos económicos, solo por nombrar algunos ejemplos¹⁹. Sin perjuicio de ello, en sentido inverso, existe desacuerdo en relación con qué son estas medidas ablativas o cuál es su naturaleza jurídica, particularmente respecto de ciertas especies de comisos que se imponen, sin necesidad de requerir una condena. En este orden de ideas, es posible identificar diversas respuestas sobre su carácter. Así, por ejemplo, han sido catalogadas como una consecuencia penal, como una medida *sui generis*, como medida de seguridad, como consecuencia civil que emana de un delito, entre otras²⁰. De esta manera, es posible constatar la existencia de amplias discusiones y de variados caminos que se han explorado respecto de la naturaleza del comiso, especialmente en las hipótesis en las que no existe condena.

En base a lo descrito, se estima que, para la correcta delimitación del debate chileno en torno a la naturaleza jurídica de este instituto, resulta revelador revisar someramente algunos argumentos que se han desarrollado en los sistemas de derecho penal extranjeros seleccionados, en especial, respecto de las razones que se han presentado sobre el comiso de ganancias y sin condena previa. A continuación, como se constatará, parte de estas razones se reconocen y asumen en el acápite siguiente en el que se analiza el derecho interno.

En el sistema alemán, la discusión se intensificó con la reforma introducida en 2017²¹, que ha sido catalogada como la más relevante modificación en materia de decomiso en dicho país²². Mediante la aludida modificación, se incorporó la posibilidad de privar las ganancias obtenidas a partir de la ejecución de un delito cuando no existe condena. En primer

¹⁹ En este sentido, véase ROIG (2016), pp. 201-202.

²⁰ Véase, entre otros: CARRILLO (2018), p. 121; MARTÍNEZ-ARRIETA (2018), pp. 16 y siguientes; CHOCLÁN (2001), pp. 25 y siguientes; VOGEL (2015), pp. 226 y siguientes.

²¹ Normativa que entró en vigencia el 1 de julio de 2017. Su objeto es implementar la Directiva 2014/42 de la UE de 3 de abril de 2014.

²² Sobre la reforma del sistema alemán en materia de comiso, véase CARRILLO (2020).

lugar, las figuras de comiso ampliado y sin condena, como indica Burchard, conllevaron un importante debate en relación con el principio de culpabilidad y la presunción de inocencia, entre otros. Si bien este autor se decanta por la necesidad de que estas instituciones existan para enfrentar adecuadamente delitos graves y que se trata de una medida que puede resultar eficaz para lidiar con delincuencia grave, reconoce que esta afirmación no clausura el debate en torno a la legitimidad de la institución. En específico, en Alemania el debate se ha dado en torno a si se trata de una sanción penal, una medida administrativa o una medida cautelar de carácter civil²³.

El legislador alemán considera que el comiso de ganancias tiene una finalidad compensatoria, toda vez que persigue evitar el enriquecimiento ilícito. Ello porque en virtud de este instituto se pretende impedir que quienes cometan delitos lo hagan y, junto con eso, afirmar la importancia de cumplir con la ley. Así, las cosas del comiso permitirían evitar que se mantenga una situación patrimonial ilícita. Pese a lo expuesto, existe discusión en relación con la naturaleza jurídica del comiso sin condena, vale decir, si está dotado de una naturaleza penal, civil o administrativa²⁴. En esta línea, Carrillo considera que el decomiso en Alemania no se justifica en un reproche de culpabilidad ni en la determinación de si se está ante una persona peligrosa o no. Lo relevante es que sea posible determinar la existencia de un hecho que corresponda a alguna figura penal²⁵.

Lo referenciado explica por qué, al poco tiempo de vigencia del estatuto mencionado, los tribunales alemanes reconocieron que el comiso se vincula con la administración de justicia penal²⁶. Pero, a su turno, el Tribunal Constitucional Federal alemán indicó que se trata de una medida «para reasignar derecho de propiedad bajo un patrón de derecho privado»²⁷. A mayor abundamiento, en 2004, el Tribunal Constitucional Federal alemán manifestó claramente que no tiene carácter retributivo²⁸. Con esta decisión, niega la naturaleza punitiva del instituto, al incardinarlo como una medida de orden privado²⁹.

A pesar de esta última jurisprudencia, en Alemania también han surgido opiniones en el sentido contrario, decantándose a favor de la tesis

²³ BURCHARD (2019), pp. 42-43.

²⁴ CARRILLO (2020), pp. 586-587.

²⁵ CARRILLO (2020), pp. 587-588.

²⁶ BURCHARD (2019), p. 45.

²⁷ BURCHARD (2019), p. 55.

²⁸ Corte Federal Constitucional (Bundesverfassungsgericht) 110 (2004).

²⁹ Sobre la evolución del sistema alemán, véase ESSER (2015), pp. 72 y siguientes.

punitiva del comiso de ganancias, como una «medida similar al castigo». En este orden de ideas, Saliger considera que, a través suyo, es posible reestablecer derechos de propiedad, lo que se ejecuta en interés de una finalidad preventiva general positiva³⁰. También se ha señalado que si el decomiso de ganancias es una medida de reasignación de derechos de propiedad, ¿por qué el Estado debe o le corresponde hacer esta función? Frente a esta pregunta, Burchard responde que se debe a que son medidas de restauración, comunicación, prevención, retribución, entre otras³¹. Por su parte, Vogel señala que el comiso puede justificarse en parte por el principio de lesividad, ya que dichos activos pueden lesionar ciertos bienes jurídicos. Ello, porque el comiso de ganancias con o sin condena deriva de la consideración legal y moral acerca de que el crimen no debe pagar; quienes cometen delitos deben ser privados de las ganancias que provienen de estos, vale decir, que se les debe negar la posibilidad de conservar el beneficio de aquello que emana de sus delitos. Se trata de impedir el enriquecimiento injusto y es un principio que debe ser trasferido al ámbito del derecho penal³².

En el sistema de derecho penal español también se generó controversia en torno a la naturaleza jurídica de ciertos comisos, esto es, si son civiles, penales o administrativos. Un hito clave para el ordenamiento español se produjo en 1995, cuando se incorporó al comiso dentro de las consecuencias accesorias. Esto, a diferencia de lo que se pensó originalmente, no eliminó la discusión en torno su naturaleza jurídica. A mayor abundamiento, pese a que el establecimiento de consecuencias accesorias pretendía diferenciar al decomiso de las penas y de las medidas de seguridad, como se dijo, el objetivo no fue alcanzado. Esto ocurre, en parte, porque se agregaron dentro de esta categoría otras medidas como, por ejemplo, algunas para entes sin personalidad. Lo expresado se traduce en que las consecuencias accesorias se componen de aquello que no es pena y no se sabe bien dónde debería incardinarse³³. En concreto, este debate ha tenido lugar tanto para explicar la naturaleza jurídica del comiso accesorio como

³⁰ BURCHARD (2019), p. 56.

³¹ BURCHARD (2019), p. 64.

³² VOGEL (2015), pp. 230-236.

³³ CARRILLO (2018), p. 123, agrega que Gracia Martín considera que las únicas consecuencias de carácter penal son las penas y las medidas de seguridad. Las primeras dan cuenta de la culpabilidad del interviniente. Para este autor, si bien son consecuencias accesorias el vínculo es fáctico, aunque esta conexión no altera su naturaleza. Entonces, son consecuencias jurídicas no penales que se relacionan con supuestos de hechos jurídicos asociados al delito. Dentro de este ámbito también se encuentra la responsabilidad civil derivada del delito.

del comiso autónomo. Sin embargo, en este último caso, son dos las posiciones que alcanzan mayor reconocimiento: la tesis de la accesoriedad penal y la tesis del enriquecimiento injusto o sin causa³⁴.

Por su parte, el legislador de la Ley Orgánica 1/2015 tampoco zanjó el debate, pese a que en el preámbulo expresó que el decomiso sin condena y el ampliado son instituciones que se asemejan al enriquecimiento ilícito y que su carácter es civil y no penal. En el mismo sentido se pronuncia mayoritariamente la jurisprudencia española. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo español, aun con el preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 en contra³⁵, sostiene que el comiso guarda una directa relación con las penas y con el Derecho sancionador *«aun cuando no aparece incluido entre las penas, constituye una sanción sometida a los principios de culpabilidad, proporcionalidad, pertinencia y legalidad, negando que constituya pena, pero calificándolo de sanción»*³⁶.

En síntesis, los argumentos que explicarían el carácter civil del instituto son los siguientes: no se trata de una pena, no se da cumplimiento al principio de culpabilidad, no existe baremo de proporcionalidad, su aplicación no es personalísima y su fundamento se relaciona con evitar el enriquecimiento derivado de actividades ilícitas. Tampoco se trataría de una medida de seguridad que se fundamenta en la peligrosidad de una persona, toda vez que la procedencia del comiso no queda supeditada a la concurrencia de dicha peligrosidad. Finalmente, entre quienes aceptan su vertiente punitiva, se encuentran quienes estiman que se trataría de una pena, una medida de seguridad, una *tertium genus* (tercer género)³⁷. La naturaleza penal del decomiso respondería a la identificación de una finalidad preventiva general, toda vez que se persigue disuadir o reducir el incentivo para la comisión de delitos. Junto con ello, se ha señalado *«que completa la función de la pena cuya eficacia sería cuestionada si pese a su imposición las ganancias del delito se mantuvieran en poder del delincuente»*³⁸. Así las cosas, el decomiso completa, o es necesario, para el adecuado ejercicio del derecho a castigar. Ello porque el *ius puniendi* no

³⁴ JIMÉNEZ Y URBINA (2021), pp. 106-III.

³⁵ El preámbulo se pronuncia sobre la naturaleza jurídica del comiso sin condena y del comiso ampliado, indicando que *«no son sanciones penales sino instituciones por las que se pone fin a la situación patrimonial ilícita a que ha dado lugar la actividad delictiva»*.

³⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional, de 15 de julio de 2002, 151/2002.

³⁷ CARRILLO (2018), p. 121; ROIG (2016), pp. 200-214; GISBERT (2022), pp. 275 y siguientes; BERMEJO (2019) pp. 23-28.

³⁸ CARRILLO (2018), p. 126.

termina su función sin esta especie de decomiso. En suma, el decomiso está estrechamente relacionado con el derecho sancionador³⁹.

Finalmente, el mencionado carácter punitivo se comprueba porque, pese a que estas medidas no se fundamentan en un juicio de culpabilidad ni de peligrosidad, sí suponen la comisión de un hecho típico y antijurídico. Así, lo relevante no es la relación de la persona con el hecho, sino de los bienes con la persona. Es una consecuencia accesoria de naturaleza punitiva. Tampoco se puede comparar con la responsabilidad civil del delito que deriva de un hecho dañoso, donde el rol fundamental lo tiene la víctima y no el Estado. En el decomiso, el Estado participa como titular del *ius puniendi* para despojar de un bien a una persona⁴⁰.

2. Sistema nacional

En el ordenamiento jurídico nacional, durante la historia del establecimiento de la Ley 21.577 que incorporó el artículo 294 bis del Código Penal chileno en materia de asociaciones delictivas y criminales —una regla prácticamente idéntica al artículo 41 de la Ley 21.595—, se indicó con claridad que en dicho precepto se establecía siempre como «requisito *sine qua non*; que se logre establecer que procede de un hecho ilícito, por ello, no es una facultad al arbitrio del tribunal; en determinados casos se puede decretar la transferencia al fisco de las ganancias que se han definido en la indicación anterior»⁴¹, reiterando que se trataría de casos en que «se puede dar por establecido el hecho ilícito, pero no haya sentencia condenatoria»⁴².

De este modo, la accesoriad penal y, por ello, su carácter punitivo y no civil, parece emanar con claridad de la literalidad de la norma ahí donde habla en todas las hipótesis de la necesidad de acreditar el hecho ilícito, aun si no se acredita el delito en términos perfectos por razones que en ningún caso excluyen del todo su existencia. Todavía se estima que ni el argumento literal ni la historia de la legislación son suficientes para concluir que la naturaleza del comiso sin condena y el comiso de ganancias es penal y no civil⁴³, razón por la cual se profundizará en la discusión acudiendo a argumentos adicionales tanto de orden sustantivo como de orden procesal.

³⁹ CARRILLO (2018), p. 126.

⁴⁰ CARRILLO (2018), p. 127.

⁴¹ HISTORIA DE LA LEY 21.577, p. 84.

⁴² HISTORIA DE LA LEY 21.577, p. 84.

⁴³ Sobre el punto, es importante tener presente que en la doctrina se afirma con claridad que «el péndulo de la nueva institución gira entre la teoría de la accesoriad penal y la teoría del enriquecimiento injusto». Véase, por ejemplo, JIMÉNEZ Y URBINA (2021), p. 104.

3. Razones de carácter sustantivo

a) Su imposición deriva o es consecuencia de la existencia de un hecho ilícito penal

Como se indicó previamente, el artículo 41 de la Ley 21.595 al regular el comiso de ganancias sin condena previa, indica expresamente que «*se impondrá asimismo el comiso de las ganancias obtenidas a través de un hecho ilícito que corresponda a un delito económico*», lo que lo vincula necesariamente con un hecho ilícito que, al menos teóricamente, pueda ser constitutivo de un delito económico de aquellos regulados en el catálogo contemplado en los artículos 1 al 4 de la misma ley, es decir, delitos económicos de primera, segunda, tercera o cuarta categoría.

En este contexto, es interesante observar que las únicas hipótesis por las cuales procede el comiso de ganancias sin condena previa son aquellas en que queda claro que existe un hecho constitutivo de delito, pero se verifica una circunstancia que impide la sentencia condenatoria en contra de un sujeto específico, tal como sucede en el caso del artículo 250, letra b), del Código Procesal Penal (cuando apareciere claramente establecida la inocencia del imputado), o bien, como emana con absoluta claridad del numeral 3 del artículo 41 de la Ley 21.595, esto es, cuando se dicte sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria fundada en la concurrencia de circunstancias eximentes de responsabilidad que no excluyen la ilicitud del hecho⁴⁴. De hecho, el sobreseimiento definitivo fundado en el artículo 250, letra a), del Código Procesal Penal queda excluido de los casos por los cuales procede el comiso sin condena previa, demostrando que no existe una persecución en abstracto de una cosa por sus características, sino con relación a una persona en la medida que esta se encuentre vinculada, de algún modo, con la comisión de un hecho ilícito⁴⁵.

En efecto, queda claro que:

La figura del decomiso parte de la concurrencia de determinados presupuestos de la responsabilidad criminal, particularmente, la existencia de hechos antijurídicos, actividad delictiva, y una conexión con los sujetos directa o indirectamente relacionados con ese delito frente a quienes se va acordar o van a resultar afectados por el comiso⁴⁶.

⁴⁴ Véase SERRA Y MARCAZZOLO (2023), pp. 164-168.

⁴⁵ En la doctrina española véase, por ejemplo, PILLADO Y FARTO (2023), p. 44. En contra, GONZÁLEZ-CUELLAR (2015) y NIEVA (2015).

⁴⁶ PILLADO Y FARTO (2023), p. 44.

De este modo, resulta imposible decretar la medida en contra de terceros de buena fe, a diferencia de lo que ocurre con el comiso de instrumentos, cuando estos sean cosas especialmente aptas para cometer delitos, o con el comiso de efectos si se trata de especies de tenencia ilícita. En estos últimos casos sí se puede plantear la existencia de un comiso *in rem*, pues es mucho más débil o inexistente la conexión entre el hecho ilícito y el sujeto que tiene en su poder la cosa.

A mayor abundamiento se pueden relevar algunos pasajes de la historia del establecimiento, tanto de la Ley 21.577 como de la 21.595. En relación con la primera de estas, podemos mencionar una de las intervenciones del subsecretario de Justicia, señor Sebastián Valenzuela, quien explicó con claridad que en el «artículo 294 bis se está estableciendo siempre, requisito *sine qua non*; que se logre establecer que procede de un hecho ilícito»⁴⁷. Con esto, se ratifica la opinión expresada en varios pasajes de la discusión, en orden a aclarar que no se trataba de castigar al inocente, sino de poder recuperar las ganancias en casos en los que se acredite el hecho ilícito y la persona resulte absuelta, por ejemplo, porque concurre un error de tipo⁴⁸.

b) El comiso de instrumentos y efectos cuando se trate de cosas de tenencia ilícita como único caso de comiso *in rem*

El artículo 31 del Código Penal, reformado por la Ley 21.577, regula el comiso de cosas que han sido empleadas como instrumento en la perpetración de un delito y que sean especialmente aptas para ser empleadas delictivamente. En este sentido, se indica que se entenderá que son especialmente aptas para ser utilizadas delictivamente, aquellas cosas cuya tenencia o porte se encuentra, en general, prohibida por la ley. El mismo precepto dispone que esta clase de comiso se deberá decretar aun si el imputado resulta absuelto o sobreseído, sin especificar —a diferencia de lo establecido por el artículo 294 bis del Código Penal y el artículo 41 de la Ley 21.595— las hipótesis de absolución o sobreseimiento que permiten la aplicación del comiso, dejando abierta la posibilidad de que este se decrete incluso en aquellos casos que quedan excluidos del comiso de ganancias ante una absolución o sobreseimiento como es, por ejemplo, la hipótesis de sobreseimiento definitivo del artículo 250, letra a), del Código Procesal Penal, es decir, cuando el hecho investigado no fuera constitutivo de delito.

⁴⁷ HISTORIA DE LA LEY 21.577, p. 83.

⁴⁸ Opinión manifestada por la diputada Orsini, Historia de la Ley 21.577, pp. 81 y 172. Por su parte, en la Historia de la Ley 21.595, p. 132, a propósito de una intervención de Bascuñán, se puede observar que aun cuando él defiende la naturaleza civil del instituto, reconoce que se trata de una reacción contra un hecho ilícito.

Luego, en el inciso tercero, se agrega que este tipo de comiso procederá aun respecto de terceros de buena fe y que tengan título para poseer la cosa, a menos que se establezca que el dueño no tuvo responsabilidad en el uso de la cosa por parte del hechor. Esto resulta contradictorio con el hecho de la verificación de que se trata de una cosa cuya tenencia o porte se encuentra prohibida por la ley. Sin embargo, el inciso final del artículo señala que, si el comiso afecta a un tercero de buena fe que no tiene responsabilidad por el hecho, este podrá solicitar indemnización al hechor. Dicho esto, se puede inferir que es posible verificar la situación en que, aun probándose que el dueño no tuvo responsabilidad, la cosa es objeto de comiso de todos modos, lo cual parece más compatible con el hecho de que, tratándose de cosas cuya tenencia es ilícita, carecería de sentido negar el comiso. Todavía, parece a lo menos extraño el derecho que se le reconoce al dueño de la cosa a solicitar una indemnización al hechor, pues en la medida que se trate de cosas cuya tenencia es ilícita, desde el punto de vista civil existiría objeto ilícito en la medida que contraviene el derecho público chileno⁴⁹; o bien, desde el punto de vista de la responsabilidad extracontractual, lo que existiría es un interés ilícito que no puede dar lugar a la indemnización de perjuicios⁵⁰.

Como se puede apreciar, la regla es totalmente distinta a aquella contenida en el artículo 31 bis del Código Penal para los instrumentos, cuando estos son cosas que no son especialmente aptas para cometer delitos, pues este comiso solo puede ser impuesto en la sentencia condenatoria, no procede contra terceros de buena fe, e incluso se establece que el tribunal prescindirá de su imposición cuando la privación de su propiedad le ocasiona un perjuicio desproporcionado al afectado.

Por su parte, el artículo 31 ter del Código Penal, a la hora de regular el comiso de efectos establece, en lo que parece ser una línea intermedia entre el comiso de instrumentos de cosas especialmente aptas para cometer delitos y cosas que no lo son, que procede aun si el imputado resulta absuelto o sobreseído, siempre que se establezca que la cosa proviene de un hecho ilícito, sin efectuar ninguna especificación de la hipótesis por la cual procede el sobreseimiento o la absolución, pero agrega que este no procede respecto del tercero de buena fe. Sin embargo, en el inciso final indica que, tratándose de efectos de tenencia ilícita, el comiso procederá

⁴⁹ Código Civil, Chile, artículo 1462.

⁵⁰ En este sentido, la doctrina civilista indica que es requisito del daño para que este sea indemnizable, que el interés sea legítimo, no resultando legítimo aquel contrario al derecho. En este sentido, véase a BARROS (2007), pp. 222 y siguientes.

en todos los casos. A este respecto, aquí se considera que la frase «*en todos los casos*» ubicada al final del artículo, indica en relación con quien procede el comiso de efectos y, por lo tanto, debe leerse como referida al tercero de buena fe, por oposición al inciso anterior, que indica cuando no procede el comiso de efectos contra terceros de buena fe. En consecuencia, se entiende que si el efecto fuera una cosa de tenencia ilícita, sí procederá incluso contra el tercero de buena fe, sin excepción.

En este segundo caso, el carácter del comiso como uno *in rem*, es decir, que puede dirigirse en contra de cualquier sujeto, sin importar si este se encuentra de buena fe, resulta más evidente. Ello, porque la frase con que se cierra el artículo 31 ter del Código Penal parece referida a cualquier tipo de terceros, sin siquiera entregar el derecho a indemnización que entrega el artículo 31 del mismo cuerpo legal, el que de cualquier forma se considera inútil por las razones antes indicadas.

Con esto se busca dejar en evidencia que el comiso de ganancias sin condena previa, regulado en el artículo 41 de la Ley 21.595 de Delitos Económicos (en línea con el artículo 294 bis del Código Penal), procedente contra sujetos que han sido imputados, pero no son condenados, supone el reconocimiento de la existencia de un hecho ilícito, es decir, típico y antijurídico de naturaleza penal, dejando fuera otras hipótesis que no son excluidas en el caso de los artículos 31 y 31 ter del Código Penal. En el mismo sentido, el artículo 41 de la Ley 21.595 extiende el comiso de ganancias a terceros que no han intervenido en la realización del hecho ilícito, siempre que se encontraran en alguna de las hipótesis del artículo 24 ter del Código Penal, esto es:

Que la persona hubiese adquirido la ganancia como heredero o asignatario testamentario⁵¹, si la obtuvo mediante el hecho ilícito y los intervinientes en la perpetración del hecho actuaron en su interés, si la adquirió sabiendo o debiendo saber su procedencia ilícita al momento de la adquisición, o bien, si se trata de una persona jurídica, que ha recibido la ganancia como aporte a su patrimonio.

En efecto, como se puede constatar, se trata de hipótesis acotadas más restringidas que las del caso del tercero de buena fe.

⁵¹ Código Penal, Chile, artículo 24 numeral 1, que agrega que esto puede ser a cualquier título gratuito o sin título válido, a menos que la haya adquirido del mismo modo de un tercero que no se encontrare en la misma circunstancia ni en las circunstancias que siguen.

c) El destinatario

De acuerdo con lo establecido en el artículo 24 bis del Código Penal, el destinatario del comiso de ganancias es el Fisco, elemento que se modificó por medio de la Ley 21.595, pues la Ley 21.577 de Asociaciones Delictivas y Criminales, había establecido como destinatario de los fondos a la corporación administrativa del poder judicial. Tal como quedó expresado en la historia del establecimiento de la Ley 21.595, la razón de la modificación es, como expresó Bascuñán, cambiar el destino desde la corporación administrativa del poder judicial al Fisco, lo que responde a que se quiso evitar que el comiso de ganancias, que sería una institución de carácter civil, pudiera «exponer a la judicatura a la sospecha de obrar por incentivos perversos, al poseer cierto interés corporativo institucional en la adquisición de tales bienes decomisados»⁵².

Entonces, el motivo del cambio, de acuerdo con la historia de la ley, se relaciona con evitar suspicacias respecto del Poder Judicial en el sentido que pudiese estimarse que cuando se realiza el comiso de ganancias o sin condena, en definitiva, se busca beneficiar a la propia institución. Sin perjuicio de ello, no se entiende la existencia de un comiso civil cuyo destinatario final sea el Estado, salvo que se justificase que la generación de ganancias fue en desmedro o causando daño al Estado. Esto no es así porque el comiso de ganancia no se fundamenta en el daño causado, sino que se explica en la idea de evitar un enriquecimiento ilícito derivado de un delito o de un hecho ilícito, según el caso. De esta forma, su fundamento es sancionatorio porque se han procurado bienes a partir de comportamientos prohibidos.

d) Finalidad preventiva de la institución

Otro aspecto que resulta concluyente a favor de la naturaleza penal del instituto se vincula con la finalidad del mismo, pues emana no solo de la historia del establecimiento de la Ley 21.577 sobre Asociaciones Delictivas y Criminales, sino también de la historia de la Ley 21.595 de Delitos Económicos. El objetivo del comiso de ganancias y el comiso sin condena previa, «no son razones retrospectivas de reproche —porque una persona cometió el delito y se requiere sancionarlas— que fundan su imposición, sino más bien razones de interés colectivo, mirando hacia el futuro»⁵³. Especialmente, en la historia de la primera de las leyes citadas quedó en evidencia que se busca que «el líder de cualquier banda criminal quede

⁵² HISTORIA DE LA LEY 21.595, pp. 733-734.

⁵³ HISTORIA DE LA LEY 21.577, p. 172.

cercenado del poder que le permite administrar organizaciones, de hecho o de derecho, dedicadas a cometer delitos»⁵⁴.

Esta misma idea ha quedado plasmada en diversos trabajos doctrinarios que dan cuenta de la finalidad preventiva especial del comiso al operar «privando de bienes y ganancias al concreto sujeto enervando el riesgo de comisión de nuevos delitos»⁵⁵ y de prevención general «al disuadir de futuros ilícitos ante la consecuencia de privación de cualquier beneficio patrimonial»⁵⁶.

Esto resulta especialmente relevante ante fenómenos criminales que operan con «elevadas cotas de racionalidad instrumental, como son los casos de la criminalidad económica y la criminalidad organizada»⁵⁷, pues la lógica de ir tras las ganancias no tiene sentido, sino ahí donde el objetivo del comportamiento delictual sea precisamente el lucro, tal como sucede en el crimen organizado y en la delincuencia económica.

e) La vinculación de la idea de «ganancia» a la comisión del delito

Al definir el concepto de comiso de ganancias, el artículo 24 bis del Código Penal lo vincula necesariamente a la proveniencia de un delito, pues se define el instituto indicando que por el comiso de ganancias «se priva a una persona de activos patrimoniales cuyo valor corresponda a la cuantía de las ganancias obtenidas a través del delito, o bien para o por perpetrarlo». Es más, el artículo 24 ter lo extiende para indicar que este también será impuesto a quien no haya intervenido en la perpetración del hecho, pero en línea con lo dispuesto en el artículo anterior. En otras palabras, se presupone la existencia de un hecho constitutivo de delito para poder hablar de ganancias, pues el único que define las ganancias es el artículo 24 bis, y las define como los frutos o utilidades provenientes del delito, no de un hecho ilícito a secas, razón por la cual no se puede prescindir de la existencia de un delito. De este modo, el respeto irrestricto del principio de legalidad nos lleva a afirmar que no podría interpretarse el comiso de ganancias, incluso sin condena, más allá de dicha definición, salvo los

⁵⁴ HISTORIA DE LA LEY 21.577, p. 225.

⁵⁵ PILLADO Y FARTO (2023), p. 45.

⁵⁶ PILLADO Y FARTO (2023), p. 45. Así también, BERMEJO (2019), p. 24. Sobre la importancia de la vinculación entre el comiso y esta finalidad, véase, si bien como instrumento relevante en sede europea, el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre recuperación y decomiso de activos: garantizar que el delito no resulte provechoso, disponible en <http://surl.li/kxnzlw>. Se puede consultar también, en Aguado-Correa (2023), que analiza la finalidad del comiso.

⁵⁷ BERMEJO (2019), p. 22.

casos en que se verifica el injusto, pero se descarta la condena porque nos encontramos frente a una de las hipótesis del artículo 41 de la Ley de Delitos Económicos (mismas del artículo 294 bis), pero que no existe como regla general.

f) El no descuento de los gastos

Otra razón que permite afirmar la naturaleza punitiva del comiso, y negar su naturaleza civil, es que el artículo 24 bis del Código Penal, que define qué debe entenderse por ganancias, en su inciso tercero indica que en la determinación del valor de estas «no se descontarán los gastos que hubieren sido necesarios para perpetrar el delito y obtenerlas». De este modo, es dable argüir que, si el comiso de ganancias con o sin condena tuviera naturaleza civil, no se comprendería la prohibición de descontar los gastos de las ganancias que se obtuvieron, toda vez que, desde la perspectiva privada, el monto del enriquecimiento injustificado no puede comprender aquello que es previo a la obtención de los réditos o ganancias. Expresado en otras palabras, alude a superar lo compensatorio. A mayor abundamiento, no existe enriquecimiento en relación con aquello que constituye un costo, sino únicamente respecto de lo que se obtiene después de descontado este. Así, el no poder deducir los gastos tiene claramente un carácter punitivo que se condice con la naturaleza penal de estas especies de decomiso.

Esta cuestión ha sido denominada la matización del principio de ganancias brutas. Conforme a lo mismo, se discute sobre el cálculo de las ganancias, esto es, si debe comprender un monto bruto o neto. Los valores netos suponen la rebaja de los costos desembolsados por los intervinientes en el delito para su ejecución. A la inversa, cuando este descuento no tiene lugar y por ende las ganancias brutas son objeto de la medida ablativa, es dable afirmar la naturaleza punitiva de la institución, toda vez que sobrepasa el baremo de una compensación o de la restitución al estado de situación previo a la comisión del delito. Una tercera posición, de orden ecléctica y que se desarrolló en Alemania para solucionar los excesos, es el principio bruto matizado, mediante el cual es posible deducir los gastos lícitos que se desembolsen para la realización del ilícito. En sentido contrario, los gastos que sean ilegítimos, por ejemplo, que provengan de delitos de tráfico de drogas u otro, no podrán ser descontados⁵⁸.

⁵⁸ CARRILLO (2020), pp. 593-596.

g) La regla de prelación de cumplimiento de la responsabilidad pecuniaria del artículo 48 del Código Penal

Finalmente, para efectos de este trabajo y sin ánimo de descartar la posible existencia de otras razones sustantivas que permitan afirmar la naturaleza punitiva del comiso de ganancias, es fundamental referirse a la regla de prelación de cumplimiento de la responsabilidad pecuniaria contenida en el artículo 48 del Código Penal, reformado por la Ley 21.577, al incorporar el comiso de ganancias provenientes del delito o, en su caso, del valor equivalente a los efectos o instrumentos del delito al Código Penal chileno. Sobre este punto, vale la pena destacar que, antes de la reforma recién mencionada, el artículo de referencia indicaba que, si los bienes del culpable no bastaban para cubrir las responsabilidades pecuniarias, estas debían satisfacerse en el siguiente orden: i) las costas procesales y personales; ii) el resarcimiento de los gastos ocasionados por el juicio; iii) la reparación del daño causado e indemnización de perjuicios; y iv) la multa.

Ahora bien, la norma reformada establece, en cambio, que si los bienes del condenado no fueran suficientes para cubrir las responsabilidades pecuniarias, estas se deben satisfacer en el siguiente orden: i) el comiso de las ganancias provenientes del delito o, en su caso, del valor equivalente a los efectos o instrumentos del delito; ii) las multas; iii) las costas procesales y el resarcimiento de los gastos ocasionados por el juicio; iv) la reparación del daño causado e indemnización de perjuicios; y v) las costas personales.

Como se puede apreciar, lo que el legislador ha hecho mediante la Ley 21.577 es reestructurar completamente el orden de prelación de la responsabilidad pecuniaria, subiendo la multa del cuarto al segundo lugar. En el caso de las costas, tanto las procesales como las personales se encontraban en el primer lugar de preferencia, y lo que hace la reforma es separarlas dejando las procesales y el resarcimiento de los gastos ocasionados por el juicio en el tercer lugar, antes de la reparación del daño causado y la indemnización de perjuicios, que ahora ocupa el cuarto lugar, ubicando las costas personales en el quinto y último lugar de preferencia. Lo relevante de esto es que el comiso de las ganancias provenientes del delito o, en su caso, del valor equivalente a los efectos o instrumentos del delito, queda en primer lugar justo antes de la multa, lo que parece confirmar su naturaleza más bien punitiva que civil, pues si se tratara de una medida de carácter civil, la lógica indica que debió ubicarse junto a la reparación del daño causado y el resarcimiento de los gastos ocasionados por el juicio, y no antes de la pena pecuniaria de multa. Es decir, la ubicación en la regla de prelación del comiso de ganancia, en primer lugar, antes de la pena de multa, permite aseverar su carácter punitivo y no civil.

Adicionalmente, el inciso final del mismo artículo 48 indica que, en caso de iniciarse un procedimiento concursal, estos créditos se graduarán considerándose la obligación de cumplir con el comiso como un crédito de la primera clase, comprendido en el número 1 del artículo 2472 del Código Civil y los restantes como uno solo entre los que no gozan de preferencia, reconfirmando su carácter punitivo.

4. Razones de carácter procesal

a) La carga de la prueba

Tal como se ha afirmado en el derecho comparado, especialmente, en relación con las acciones *in rem* propias del sistema anglosajón, en estos casos, se «rompe con el concepto tradicional de carga de la prueba, ya que es el titular de los bienes quien debe demostrar que proceden de fuente lícita»⁵⁹. En este contexto, es dable evidenciar que el único caso en que el legislador ha decidido invertir la carga de la prueba en el sentido indicado, es decir, considerando que corresponde al afectado acreditar el origen lícito, ha sido en el artículo 294 del Código Penal, exclusivo para las asociaciones delictivas y criminales, únicamente con el comiso de activos vinculados a la actividad en cuyo contexto se haya perpetrado el delito. El artículo mencionado en su inciso 3, después del punto seguido, ha indicado que «caerán en comiso todos los activos vinculados a la actividad en cuyo contexto se haya perpetrado el delito, a menos que se acredite su origen ilícito».

Sobre este punto, se debe determinar a qué se refiere el legislador en este artículo cuando habla del comiso de activos. Una posible interpretación es considerar que se usa como otra denominación para el concepto ganancias, cuestión que no parece compatible con la redacción del artículo 24 bis del Código Penal, que indica que por «*el comiso de ganancias se priva a una persona de activos*», y especialmente con la redacción del artículo 294 que indica en lo relevante que:

En todo caso se impondrá el comiso de ganancias, de conformidad con el artículo 24 bis. Asimismo, caerán en comiso todos los activos vinculados a la actividad en cuyo contexto se haya perpetrado el delito, a menos que se acredite su origen lícito. El comiso de ganancias será impuesto en conformidad con los procedimientos establecidos por la ley.

A partir del texto transcrito se puede inferir, razonablemente, que si se tratara de sinónimos el texto no tendría sentido al repetir tres veces seguidas la misma idea, lo que tampoco resulta concordante con la utilización

⁵⁹ JIMÉNEZ Y URBINA (2021), p. III.

del adverbio *asimismo* a continuación del punto seguido. Por esta razón, en este artículo se considera que la referencia a activos no es sinónimo de ganancias, pues un inmueble sería un activo, y lo que se obtenga producto de su arriendo, una ganancia.

De este modo, resulta fundamental relevar que el único caso en el que el legislador ha decidido invertir la carga de la prueba es el relacionado con el comiso de activos vinculados a la actividad en cuyo contexto se haya perpetrado el delito de asociación delictiva o criminal. Esto se debe a que la regla contenida en el artículo 294, párrafo décimo, del título sexto del libro 2 del Código Penal, tiene naturaleza de regla especial, aplicable solo a dicho delito y, en ningún caso, a las reglas generales contenidas en los artículos 24 bis, 24 ter, 31, 31 bis y 31 ter. Mucho menos resulta aplicable a otras normas de carácter especial, como la Ley 21.595 de Delitos Económicos ni a su regulación del comiso de ganancias, contenida en los artículos 40 y 41 de dicha ley. Esto significa que la carga de probar los requisitos necesarios para que proceda el comiso sigue correspondiendo al Ministerio Público, lo que ratifica su carácter punitivo⁶⁰.

b) La existencia de otras medidas coercitivas no constitutivas de pena en el ordenamiento jurídico nacional

Un ejemplo de medida coercitiva que no es constitutiva de pena, pero sí detenta una naturaleza punitiva, es la suspensión condicional del procedimiento, y más concretamente, las condiciones a las que queda sometido el imputado. Lo expresado deriva de la circunstancia que las condiciones a las que se somete voluntariamente el imputado para evitar la condena son de carácter vinculante. Su incumplimiento, en ciertos casos, incluso puede dar lugar a la detención sin necesidad de contar con una orden judicial⁶¹, junto con la posibilidad de que la suspensión condicional quede sin efecto y el procedimiento siga su curso. En el caso de la suspensión condicional del procedimiento, si bien su establecimiento no desvirtúa la presunción de inocencia, porque no existe una condena que la deje sin efecto, su imposición responde, principalmente, a una finalidad preventiva especial positiva porque se procura que el destinatario de esta salida alternativa no tome contacto con el sistema carcelario ni quede sujeto a una pena sus-

⁶⁰ En materia penal, debido a la presunción de inocencia, la carga de la prueba reside en el Estado, vale decir, que el imputado no debe acreditar su inocencia siendo el Ministerio Público el encargado de acreditar la imputación que le formula.

⁶¹ Artículo 129, inciso quinto, del Código Procesal Penal que en la especie reza: «Al que violare la condición del artículo 238, letra b), que le hubiere sido impuesta para la protección de otras personas».

titutiva. Las condiciones, una vez decretadas por el tribunal, se imponen de forma obligatoria e implican restricciones a derechos fundamentales de los imputados que se someten a dichas condiciones. Esta circunstancia, sumada a su finalidad preventiva especial positiva, permite circunscribirla al ámbito de lo punitivo.

Si bien ambos institutos claramente no son idénticos, tienen en común una naturaleza punitiva. A mayor abundamiento, los sistemas penales modernos habitualmente comprenden diversas salidas en el proceso penal que no implican la existencia de una pena, pero que han permitido superar el binomio pena/indemnización civil como las únicas definiciones posibles desde el punto de vista de la naturaleza jurídica. Ello, para dar cabida a otras reacciones punitivas que, sin ser penas, siguen respondiendo más bien a una lógica sancionatoria derivada del delito, que a una lógica vinculada al derecho de daños.

c) Medidas cautelares reales

El artículo 42 de la Ley 21.595 dispone que el Ministerio Público podrá solicitar al juez medidas cautelares reales que sean necesarias para asegurar activos patrimoniales con el objetivo de que el comiso de ganancias sea efectivo. Esto es coherente con las modificaciones que se incorporaron en virtud de la Ley 21.577 al artículo 157 del Código Procesal Penal⁶². A su vez, el artículo 43 de la Ley de Delitos Económicos también lo permite respecto del Consejo de Defensa del Estado. Ahora bien, la naturaleza civil del decomiso de ganancia no se condice con el otorgamiento de atribuciones como la que se menciona respecto del Ministerio Público, toda vez que no se incardina dentro de ninguna de las tres funciones-deberes constitucionales de los que ha sido dotado este organismo autónomo constitucional⁶³. Expresado en otros términos, si el decomiso de ganancias y sin condena se fundamenta en la restitución patrimonial al estado anterior a la realización del delito, o en impedir que quien interviene pueda aprovecharse de los recursos que obtuvo de manera ilegítima, entonces no

⁶² Código Procesal Penal, Chile, artículo 157, inciso tercero: «*El Ministerio Público deberá solicitar las medidas cautelares que correspondan para asegurar bienes suficientes con el fin de hacer efectivo el comiso de las ganancias provenientes del delito o, de proceder, el comiso por valor equivalente de instrumentos o efectos del delito. Para estos efectos, el juez podrá autorizar la retención de dineros o cosas, muebles, que se encuentren en poder del imputado o de terceros, o en cuentas de bancos o en fondos generales administrados por terceros*».

⁶³ De acuerdo con el artículo 83 de la Constitución Política de la República, el Ministerio Público es responsable de investigar los hechos que revistan caracteres de delito, ejercer la acción penal y dar protección a víctimas y testigos.

se avizora cómo esta finalidad puede ser coherente con las funciones de las que ha sido dotado el Ministerio Público por la Constitución política.

En efecto, si este comiso fuera civil no debería llevarse a cabo en un procedimiento penal, ni tampoco proporcionar titularidad sobre este al Ministerio Público. La titularidad previa del Ministerio Público, respecto de medidas cautelares reales, se justifica en el aseguramiento de bienes para la correcta ejecución de sanciones pecuniarias, lo que es plenamente consecuente con el ejercicio de la acción penal por parte del órgano encargado de la pesquisa criminal. Esto no se explica si se sostiene un significado civil del comiso de ganancias o sin condena, por lo que quedaría sin respuesta la cuestión acerca de por qué se le otorga esta atribución al Ministerio Público.

V. ALCANCES DE LA DELIMITACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Con todo, es importante reconocer que existen todavía tres elementos que podrían tensar especialmente la tesis aquí defendida respecto de la propia regulación. El primero de ellos, tiene relación con el estándar de valoración incorporado en la regulación procesal del comiso; el segundo, coincidente además con el más difícil de explicar a la luz de la tesis punitiva del comiso sin condena y el comiso de ganancias, consiste en una regla de proporcionalidad regulada en el artículo 44 de la Ley de Delitos Económicos; y el tercero, con la regla de la acción civil contenida en el artículo 46 del mismo cuerpo normativo. Analizaremos cada una de estas razones por separado:

1. Estándar de valoración

La Ley 21.577 modifica el Código Procesal Penal, consignando un nuevo procedimiento de carácter especial para la imposición del comiso sin condena previa. Dicho procedimiento quedó plasmado en los artículos 415 bis al 415 nonies del cuerpo normativo mencionado.

El artículo 415 sexies, junto con regular el desarrollo de la audiencia en la que se discute la procedencia del comiso, dispone en su inciso tercero que «*el tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba preponderante producida durante la audiencia*». Ahora bien, el recurso al estándar de valoración de la prueba preponderante es un argumento que podría prestarse a favor de la postura que aboga por la naturaleza civil del comiso sin condena, toda vez que es el baremo que habitualmente se emplea en materia civil y que es inferior, en términos de exigencia, que el de la duda razonable que es el que se emplea en materia criminal.

Tal como se indicó en un trabajo anterior⁶⁴, este último argumento debe ser rechazado toda vez que el estándar de prueba se vincula con la distribución de los riesgos. En este sentido se ha señalado que:

Un estándar probatorio es la respuesta que ofrece la ley procesal ante la inquietud de cuándo una narración se encuentra acreditada (o descartada) al concluir el litigio. O sea, se trata de una norma (legal o no) que reparte los riesgos de errores —el peligro de que el juez se equivoque en la sentencia definitiva— en escenarios cuyo rasgo común es la incertidumbre⁶⁵.

Entonces, la decisión acerca de la forma en cómo se distribuyen los riesgos, en materia de prueba, no responde a una naturaleza penal o civil, sino más bien a cuestión de estándares, cuya decisión es de resorte del legislador. Adicionalmente, es posible argüir que este baremo se explica en que este procedimiento vendrá antecedido de una resolución que zanja la existencia de un hecho típico y antijurídico, porque durante este procedimiento lo que se juzgará es la vinculación de la ganancia con el injusto y el vínculo causal⁶⁶.

2. La regla de proporcionalidad del artículo 44

El artículo 44 de la Ley de Delitos Económicos indica, a propósito del comiso de ganancias, que si este recae sobre bienes de una empresa, se harán efectivos de preferencia sobre aquellos cuya afectación no obstaculice sus actividades económicas, lo que aparentemente podría resultar contradictorio con el fin punitivo del comiso. Sin embargo, es importante reparar en que la regla busca morigerar los efectos lesivos del comiso, en el caso que el afectado sea una persona jurídica, lo que resulta del todo compatible con la finalidad preventiva de las penas en relación con las personas jurídicas, precisamente porque en la lógica de la autorregulación buscar que las penas no impidan el funcionamiento, sino solo estimulen la organización preventiva, suele defenderse como la única finalidad que realmente tendría sentido para instituciones colectivas.

3. La regla sobre la acción civil del artículo 46

En este caso, el artículo mencionado indica que la acción para obtener indemnización de perjuicios de la víctima de un delito económico, o de un hecho ilícito que corresponda a un delito de esta naturaleza, podrá

⁶⁴ SERRA Y MARCAZZOLO (2023).

⁶⁵ LARROUCAU (2012), pp. 783-784.

⁶⁶ SERRA Y MARCAZZOLO (2023), p. 176.

ejercerse sobre los bienes decomisados o el producto de su realización, lo que podría resultar sugerente del carácter civil del comiso de ganancias. La misma regla está contenida en el artículo 48 del Código Penal, a propósito de la regla de prelación de la responsabilidad pecuniaria, ahí donde se indica, exactamente a continuación del orden de prelación que, si por aplicación de lo dispuesto en el inciso anterior no es posible satisfacer la indemnización de perjuicios derivada del delito por falta de bienes realizables, el perjudicado podrá ejercer la acción civil sobre los bienes decomisados o el producto de su realización. Ahora bien, en ambos casos, dicha opción puede ejercerse solo si existe una relación directa entre el perjuicio irrogado y las ganancias obtenidas, lo que permite concluir que la regla no es una que confirme el carácter civil de la medida, sino simplemente una que autoriza el pago de la indemnización de perjuicios en el monto de lo decomisado, solo si entre ambas cosas existe una relación, la que puede no existir, confirmando que se trata de una conexión contingente y no necesaria.

De hecho, tanto el artículo 48 del Código Penal como el artículo 47 de la Ley 21.595 contienen reglas que le permiten al Estado excepcionarse del pago de dicha indemnización en el monto de lo decomisado y el producto de su realización. El Código Penal indica que el Estado podrá eximirse del pago si demuestra la existencia de bienes realizables sobre los cuales puede hacerse efectiva la indemnización, o que ella no pudo ser satisfecha por negligencia del perjudicado y la Ley de Delitos Económicos indica que el Consejo de Defensa del Estado podrá oponer no solo la excepción de falta de relación directa entre perjuicio y ganancias, sino también la excepción de ejecución negligente y la excepción de ejecución inadecuada.

VI. CONCLUSIONES

Tal como se planteó en la introducción y como quedó de manifiesto a través del texto, el objetivo principal de este artículo consiste en determinar la naturaleza jurídica del comiso de ganancias con y sin condena previa regulado en la Ley 21.595 de Delitos Económicos, a la luz de lo dispuesto también en las reglas generales del Código Penal, modificado por la Ley 21.577 de Asociaciones Delictivas y Criminales. Esto en aras de lograr identificar con claridad si se trata de un instituto de carácter punitivo, civil u otro.

De este modo, comenzando por el contenido del inciso final del artículo 20 del Código Penal, también reformado por la Ley 21.577, se relevó que la denominación de dicho precepto solo adopta una fórmula formal

no deontológica que deja abierta la discusión. Por esta razón, en esta investigación se han buscado argumentos tanto de orden sustantivo como procesal para responder a la cuestión planteada.

En este sentido, resulta particularmente iluminadora la historia del establecimiento, tanto de la Ley 21.577 como de la Ley 21.595, porque muestran una cierta inconsistencia entre la intención legislativa de una y otra regulación. Así, mientras en el primer caso quedó plasmado que el objetivo nunca fue sancionar con el comiso de ganancias sin condena previa a sujetos inocentes, sino a sujetos que por razones determinadas no lograban ser condenados, citándose, por ejemplo, el caso de quien incurría en un error de tipo. Por el contrario, en la Ley de Delitos Económicos se evidencia una voluntad del legislador de introducir en nuestro ordenamiento jurídico un comiso civil. Sin embargo, es fundamental tener presente que la regulación del comiso de ganancias como regla general, así como el comiso de instrumentos y efectos, son reglas que fueron incorporadas por la Ley 21.577 al Código Penal, que precede a la Ley 21.595, la que, publicada con posterioridad, reforma en esta materia cuestiones muy menores de la regulación precedente como, por ejemplo, el destino de las especies decomisadas o el producto de su realización sin tocar, en general, el resto de la regulación. Además, la propia Ley de Delitos Económicos hace referencia a las reglas generales contenidas en los artículos 24 bis y 24 ter para regular el comiso de ganancias sin condena previa.

En definitiva, y considerando que aun cuando los debates de ambas leyes se cruzan temporalmente, lo que opera al final del día como fuente del derecho es la ley y no la intención del legislador. Por esta razón, se ha elaborado una metodología dogmática destinada a desentrañar, a la luz de las normas vigentes, cuál es la naturaleza jurídica del comiso sin condena previa, tal como quedó escrito en los textos vigentes. Sin embargo, ello no ha impedido poner atención al aspecto teleológico subjetivo como criterio interpretativo, espacio en el que la confrontación entre la intención legislativa de la Ley 21.577 y la Ley 21.595 permiten aclarar porque, aun cuando el legislador de la Ley de Delitos Económicos buscaba un comiso civil, varias de las disposiciones parecen apuntar en sentido contrario.

En un segundo orden de ideas, también se atendió a la discusión que se ha verificado en algunas legislaciones extranjeras seleccionadas, con miras a iluminar la respuesta a la pregunta planteada.

En efecto, lo anterior ha permitido identificar un conjunto de argumentos, tanto sustantivos como procesales, que respaldan el carácter punitivo del comiso, ya sea con o sin condena previa. Esto se debe principalmente a que su aplicación depende —en todos los casos— del establecimiento

de, al menos, la tipicidad y antijuridicidad de un hecho, es decir, de su ilicitud. En el ámbito sustantivo, los argumentos presentados se refieren a la existencia de un injusto de naturaleza penal, a la clasificación del comiso de instrumentos y efectos como el único comiso que realmente opera *in rem*, cuando se trata de cosas cuya tenencia es ilícita, al Fisco como destinatario, a la finalidad preventiva de la medida, al concepto de ganancia proveniente del delito en la definición, a la exclusión del descuento de los gastos y a la regla de prelación para el cumplimiento de la responsabilidad pecuniaria del artículo 48 del Código Penal. Por su parte, las razones procesales que se han esgrimido coinciden con la carga de la prueba que sigue estando en manos del Ministerio Público, la existencia de otras medidas coercitivas no constitutivas de pena en el ordenamiento jurídico nacional y, finalmente, la posibilidad de impetrar medidas cautelares reales por parte del Ministerio Público.

Ahora bien, en lo que dice relación con las similitudes y diferencias entre el comiso de ganancias en la Ley de Delitos Económicos y en la Ley 21.577 de Asociaciones Delictivas y Criminales, podemos afirmar que, en términos generales, se trata de estatutos prácticamente asimilables, salvo por la existencia de una mención expresa al comiso de activos, en el caso del artículo 294 del Código Penal, que coincide además con el único caso en el que el legislador invierte expresamente la carga de la prueba y con el comiso por equivalencia regulado en el artículo 294 ter, el que tampoco está presente en el caso de la Ley 21.595. En base a las normas analizadas, aquí se considera que el comiso aplicable a las asociaciones delictivas y criminales es parcialmente más amplio que aquel aplicable a los delitos económicos, y solo ahí se ha invertido la carga de la prueba, cuestión que todavía podrá ser discutida constitucionalmente. Esto resulta compatible con la clase de fenómeno delictivo que se enfrenta mediante los tipos penales que preceden inmediatamente las reglas de los artículos 294, 294 bis y 294 ter del Código Penal.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Aguado-Correa, Teresa (2023): «Embargo y decomiso en la propuesta de directiva sobre recuperación y decomiso de activos: garantizar que el delito no resulte provechoso a costa de las garantías», en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Vol. 25-34: pp. 1-49.
- Alpaca, Alfredo (2022): «Consideraciones sobre normas, derechos y deberes en el injusto penal», en: *InDret*, Vol. 1: pp. 265-306.
- Ananías, Ignacio (2014): «El comiso de ganancias», en: *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 21: pp. 153-196.

- Barros, Enrique (2007): *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Jurídica de Chile).
- Bascuñán, Antonio y Wilenmann, Javier (2023): *Derecho penal económico chileno*, Tomo I (Santiago, Der).
- Bermejo, Mateo (2019): «El decomiso de las ganancias ilícitas en el Código Penal español: Análisis histórico y conceptual», en: *Latin American Studies*, Vol. 4: pp. 21-40.
- Burchard, Christoph (2019): «¿Decomiso como derecho penal o qué? Sobre cómo el mal enfocado debate acerca de la naturaleza jurídica del decomiso confunde lo que realmente debe discutirse», en: *Latin American Legal Studies*, Vol. 4: pp. 41-74.
- Carrillo, Ana (2018): *Decomiso y recuperación de activos en el sistema penal español* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- (2020): «Recuperación de activos en el sistema alemán: Luces y sombras del actual régimen de decomiso de ganancias», en: *Res. Bras. De Direito Processual Penal, Porto Alegre*, Vol. 56, N° 2: pp. 577-616.
- Choclán, José Antonio (2001): *El patrimonio criminal: Comiso y pérdida de la ganancia* (Madrid, Dykinson).
- Cousiño, Luis (1975): *Derecho penal chileno*, Tomo I (Santiago, Jurídica de Chile).
- Cury, Enrique (2011): *Derecho penal: Parte general* (Santiago, UC).
- (2022): *Derecho penal: Parte general*. Tomo I (Santiago, UC).
- Esser, Robert (2015): «Recovery of civil assets according to german criminal law», en: Rui, Jon Petter y Sieber, Ulrich (editores), *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction* (Berlin, Duncker & Humblot), pp. 72-109.
- Etcheberry, Alfredo (1997): *Derecho penal: Parte general*, Tomo II (Santiago, Jurídica de Chile, tercera edición).
- Frisch, Wolfgang (2004): *Comportamiento típico e imputación del resultado* (Madrid, Marcial Pons).
- Garrido, Mario (2021): *Derecho penal: Parte general*, Tomo I (Santiago, Jurídica de Chile).
- Gisbert, Marta (2022): «Los controvertidos requisitos del decomiso ampliado: Indicios objetivos fundados del origen ilícito de los bienes», en: *Revista Ius et Praxis*, Año 28, N° 3: pp. 274-286.
- González-Cuellar, Nicolás (2015): «Aspectos procesales del decomiso: intervención de terceros afectados por el decomiso, el proceso de decomiso autónomo y la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos», en: Marchena Gómez, Manuel y González-Cuellar Serrano, Nicolás

- (editores), *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015* (Madrid, Jurídicas Castillo de Luna), pp. 439-520.
- Hasbún, Cristóbal (2018a): «Comentario a la sentencia rol 1649-2004 ('Caso Riggs')», en: *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte), Año 25: pp. 349-361.
- (2018b): «El comiso penal en la legislación estadounidense como horizonte comparativo frente al Proyecto de Nuevo Código Penal», en: *Revista Ius et Praxis*, Año 24, N° 3: pp. 421-452.
- Hernández, Héctor (2011): «Comentario al artículo 20 del Código Penal», en: Couso, Jaime y Hernández, Héctor (directores), *Código Penal Comentado, Libro primero (artículos 1 a 105)* (Santiago, Abeledo Perrot), pp. 444-450.
- Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas (2002): *Tratado de derecho penal parte general* (Granada, Comares, quinta edición).
- Jiménez, Rafael y Urbina, Emilio (2021): *El comiso autónomo y la extinción de dominio en la lucha contra la corrupción* (Santiago, Olejnik, segunda edición).
- Labatut, Gustavo (2005): *Derecho penal*, Tomo I (Santiago, Jurídica de Chile).
- Larroucau, Jorge (2012): «Hacia un estándar de prueba civil», en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 39, N° 3: pp. 783-784.
- Martínez-Arrieta, Cristina (2018): *El decomiso y la recuperación y gestión de activos procedentes de actividades delictuales* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- Matus, Jean Pierre y Ramírez, Cecilia (2021): *Manual de derecho penal chileno. Parte General* (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- Navas, Iván (2024): *Derecho penal económico. Parte general. Actualizado a la Ley 21.595* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- Nieva, Jordi (2015): «El procedimiento de decomiso autónomo. En especial, sus problemas probatorios», en: *Diario La Ley*, N° 8601, Sección 9: pp. 1-15.
- Rettig, Mauricio (2020): *Derecho penal Parte General. El delito de acción doloso e imprudente*, Tomo II (Santiago, Der).
- Roig, Margarita (2016): «La regulación del comiso. El modelo alemán y la reciente reforma española», en: *Revista Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. 36: pp. 199-279.
- Serra, Diva (2023): «¿Instaura la nueva Ley de Delitos Económicos una segunda velocidad en el derecho penal?», en: *Revista Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 53: pp. 77-110.
- Serra, Diva y Marcazzolo, Ximena (2023): «El comiso sin condena previa en la Ley 21.577 que fortalece la persecución de los delitos de delin-

- cuencia organizada y su compatibilidad con el debido proceso», en: *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción), N° 254 (julio-diciembre): pp. 155-187.
- Van Weezel, Alex (2023): *Curso de derecho penal. Parte General* (Santiago, UC).
- Verde, Alejandra (2021): *Encubrimiento, receptación y lavado de activos, hacia una teoría unitaria de las conductas posdelictuales* (Buenos Aires, BdeF).
- Vogel, Joachim (2015): «The legal construction that property can do harm», en: Rui, Jon Petter y Sieber, Ulrich (editores), *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe Possibilities and Limitations on Rules Enabling Confiscation without a Criminal Conviction* (Berlin, Duncker & Humblot), pp. 225-238.

Jurisprudencia extranjera

- Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de julio de 2002, 151/2002.
Corte Federal Constitucional (Bundesverfassungsgericht) 110 (2004).

Normativa y documentos oficiales

- Código Penal, Chile (12.11.1874).
- Constitución Política de la República, Chile (11.8.1980).
- Código Civil, Chile (30.5.2000).
- Código Procesal Penal, Chile (12.10.2000).
- Ley 19.913, Chile (18.12.2003), crea la unidad de análisis financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos.
- Ley 20.000, Chile (16.2.2005), sustituye la Ley 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.
- Unión Europea, Directiva (UE) 2014/42 de la Unión Europea (3.4.2014), sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea.
- Ley Orgánica 1/2015, España (31.3.2015), por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Informe sobre recuperación y decomiso de activos: garantizar que el delito no resulte provechoso (2.6.2020).
- Ley 21.575, Chile (23.5.2023), modifica diversos cuerpos legales con el objeto de mejorar la persecución del narcotráfico y crimen organizado, regular el destino de los bienes incautados en esos delitos y fortalecer las instituciones de rehabilitación y reinserción social.

Ley 21.577, Chile (15.6.2023), fortalece la persecución de los delitos de delincuencia organizada, establece técnicas especiales para su investigación y robustece comiso de ganancias.

Ley 21.595, Chile (17.8.2023), de Delitos Económicos.

Historia de la Ley 21.577, Chile, disponible en <http://www.bcn.c>.

Historia de la Ley 21.595, Chile, disponible en <http://www.bcn.cl>.

FINANCIAMIENTO

Este artículo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación ANID-Fondecyt de iniciación, número 11230259, titulado «Las penas contra personas jurídicas y autorregulación».

SOBRE LAS AUTORAS

DIVA SERRA CRUZ es doctora en Derecho por la Universidad La Sapienza, Roma, Italia y profesora de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción, Chile. Su correo electrónico es divaserra@udec.cl.  <https://orcid.org/0000-0002-6088-0236>.

XIMENA MARCAZZOLO AWAD es doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile y profesora de Derecho Penal en la Universidad del Desarrollo, Chile. Su correo electrónico es xmarcazzolo@udd.cl.  <https://orcid.org/0000-0003-3979-973X>.