



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

ASPECTOS ESENCIALES DEL COMISO

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídica y Sociales

NOMBRE Y APELLIDOS AUTOR:

JOAQUÍN ALFONSO VENEGAS LAVÍN

PROFESOR GUÍA:

GERMÁN OVALLE MADRID

Santiago, Chile

2024

ÍNDICE

Contenido

| | |
|---|-----------|
| ÍNDICE | 1 |
| RESUMEN | 4 |
| INTRODUCCIÓN | 5 |
| CAPÍTULO I | 8 |
| 1-. Acercamientos preliminares al comiso | 8 |
| 2-. El comiso | 12 |
| 2.1 Concepto y naturaleza..... | 12 |
| 2.2 Formas del Comiso..... | 15 |
| 2.3 Regulación normativa en Chile del Comiso previo a reforma..... | 19 |
| 2.4 Hacia un fortalecimiento del Comiso..... | 21 |
| CAPÍTULO II | 28 |
| 1-. Contexto a la modificación del comiso | 28 |
| 1.1 Mensaje del ejecutivo boletín N°13982-25..... | 30 |
| 2. Hitos legislativos del proyecto | 31 |
| 2.1 Proyecto de ley en bruto..... | 32 |
| 2.2 Comiso como objeto legislativo..... | 32 |
| 2.3 Nueva Ley N°21.577..... | 34 |
| 3. La reforma al Comiso y la Asociación delictiva | 35 |
| 3.1 Modificaciones a la parte general del Código Penal en materia de comiso..... | 36 |
| 3.2 La regulación del comiso en el contexto de las asociaciones delictivas y criminales. | 39 |
| 4. Modificaciones al Código Procesal Penal en materia de comiso | 42 |
| 4.1 Comiso como medida cautelar..... | 42 |
| 4.2 Comiso como elemento de la acusación fiscal..... | 43 |
| 4.3 Comiso en la sentencia definitiva..... | 44 |
| 4.4 Reglas relativas al procedimiento de comiso sin condena..... | 45 |
| CAPÍTULO III | 49 |
| 1. Cuestiones a la nueva figura del comiso | 49 |
| 1.1 Naturaleza punitiva del comiso de ganancias y comiso sin condena previa..... | 50 |
| 1.2 Calidad procesal del sujeto contra quien se dirige el procedimiento de comiso sin condena previa..... | 50 |
| 1.3 Implicancias de la homologación del requerido como imputado..... | 52 |
| 2. Justificaciones a la nueva figura del comiso | 53 |
| 2.1 Proscripción del enriquecimiento ilícito o enriquecimiento sin causa justa..... | 54 |

| | |
|--|-----------|
| 2.2 Requisitos para la presencia del enriquecimiento ilícito..... | 55 |
| 2.3 Fundamentos del comiso a la luz de la teoría de los fines de la pena..... | 56 |
| 2.4 Desafíos prácticos a la nueva figura del comiso..... | 58 |
| 2.5 Posibles hipótesis a la luz de la actual legislación referente al comiso: un caso posible..... | 58 |
| 2.6 Actitudes que puede tomar el Ministerio Público..... | 59 |
| 2.7 Teorías de defensa..... | 61 |
| CONCLUSIONES..... | 63 |
| REFERENCIAS..... | 64 |

“Al anaranjado ocaso, prueba de que los finales pueden ser hermosos”

RESUMEN

El presente trabajo tiene como propósito hacer una revisión del comiso, comenzando con una descripción en cuanto a fundamentos y sus formas, mediante el análisis de su marco regulatorio, tanto en derecho interno como experiencias en el derecho comparado, contrastado con las corrientes internacionales e impulsos para aumentar la eficacia en la lucha contra el crimen organizado, reforzando la institución del comiso.

A continuación, y en el desarrollo de esta memoria, se revisan los esfuerzos legislativos en el plano nacional para modernizar la figura del comiso, para luego analizar las principales modificaciones incorporadas por las reformas del período.

Para finalizar, se plasman en el presente consideraciones perfiladas a las implicancias que la reforma premune en cuanto a debido proceso toca, la identificación de desafíos prácticos junto a la descripción de actitudes que podrían ser adoptadas por los intervinientes.

PALABRAS CLAVE: comiso - naturaleza jurídica del comiso, -crimen organizado - ley N°21.577 - Incautación - debido proceso - enriquecimiento ilícito - derecho a la defensa.

INTRODUCCIÓN

Durante varias décadas, durante el desarrollo e implementación de las reformas en las distintas legislaciones penales del globo, poca ha sido importancia atribuida a la institución del comiso, siendo realmente foco de atención generalmente, como consecuencia sancionadora al infractor, las penas corporales, y la accesión a penas sustitutivas (de manera más permisiva o restrictiva, dependiendo del lugar y la época de análisis), sin necesariamente atender a la privación al dominio del producto conseguido con la conducta ilícita.¹

A la época, y desde hace no mucho tiempo, la confiscación y comiso de las ganancias del delito ha cobrado una especial relevancia en los ordenamientos internacionales, y especialmente en el sistema penal chileno, toda vez, que ha sido expuesto por distintos profesionales del derecho y la sociología que las sanciones clásicas aparejadas principalmente a delitos de atribución exclusiva de responsabilidad no tienen impacto positivo alguno en las nuevas modalidades delictivas, en cuanto a grupos dedicados a la criminalidad económica organizada.²

Una de las razones por las cuales, la doctrina autorizada comprende esta importancia marginal a la figura del comiso, es en gran medida a raíz de la naturaleza jurídica que representó históricamente al comiso de bienes, en cuanto a su accesoriedad a la pena principal, siendo la privación de libertad la pena clásica y el comiso accesoriamente en cuanto a privación de dominio respecto aquellos bienes empleados en la comisión del delito o que provenían del mismo.

Las legislaciones notaron la adaptación o evolución de la actividad delictual, que, en gran medida producto del proceso de globalización, evidenciaron la presencia de nuevos mecanismos de comisión, cada vez más organizados, actividad la cual degenera en efectos devastadores respecto al comercio regulado, desde abstracción de masas financieras a

¹ CASTILLO, M. *Breves consideraciones sobre el comiso como mecanismo de recuperación de activos producto de la corrupción*. España: Ediciones Universidad de Salamanca, 2012.

² BLANCO, I. Armonización - aproximación de la legislación en la Unión Europea en materia de lucha contra los productos del delito: comiso, organismos de recuperación de activos y enriquecimiento ilícito. En ARANGÜENA FANEGO, C. *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia últimos avances en cooperación judicial penal*. Valladolid, Lex Nova, 2010.

beneficio fiscal, y la alteración de índices económicos perjudicando directamente a las empresas de índole legal.

Basándose en las estadísticas disponibles, se arriba a la conclusión de que es de suma necesidad instar a los Estados a incorporar de manera paulatina mecanismos en sus legislaciones internas que aumenten la eficacia en la persecución de aquellos bienes que resultan como provecho para el infractor, superando la barrera clásica de privación de dominio a propósito únicamente de aquellos instrumentos empleados para la realización del delito, y los efectos del mismo, situación configurada exclusivamente bajo referencia expresa en la sentencia condenatoria de un proceso penal.

La ampliación del objeto del comiso entonces es el punto de partida, para esta evolución transversal, y que busca el perfeccionamiento sistemático en la privación de recursos a las organizaciones criminales, lo que dejó en evidencia la necesidad de la de asegurar cautelarmente los bienes que caerían posteriormente en comiso a beneficio fiscal, ya durante la investigación, e incluso antes de la notificación al investigado de que se lleva un proceso en su contra.

El comiso como figura objeto de evolución normativa, se ha adecuado de manera diversa en las distintas legislaciones, creando nuevas formas de comiso con distintas finalidades, objeto, procedimiento y matices en su configuración. Como consecuencia natural a este desarrollo normativo, de igual manera ha aumentado la confusión doctrinal en cuanto a la naturaleza jurídica de esta institución, sus características y alcance, donde en lo último, incluso pudiere llegar a peligrar la debida observancia a garantías fundamentales coherentes a la propiedad y seguridad y certeza jurídica, ya que de las formas actuales, surgen desplazamientos de dominio anticipado, cautelar, sin sentencia condenatoria y que incluso pudiere afectar a terceros de buena fe, en ciertas hipótesis previstas por el legislador.

La matriz de la presente investigación apunta a observar la adaptación del ordenamiento penal y procesal penal, con el fin de alinearse con los impulsos reformistas, a lo que comiso toca, de las organizaciones internacionales y Estados colindantes. En una etapa temprana de la aplicación de la batería legislativa que caracteriza al período coetáneo, resulta vital repasar esta institución mediante técnicas comparativas del marco regulatorio, para así

lograr vislumbrar eventuales hipótesis en su aplicación, que avizoran posibles riesgos a la compatibilidad con las exigencias de un debido proceso.

CAPÍTULO I

1.- Acercamientos preliminares al comiso

Durante una buena parte de la segunda mitad del siglo XIX, y hasta hace no mucho tiempo, la concepción más autorizada dentro de la cultura jurídica en cuanto a la figura del comiso, ha sido categorizarla de manera más bien general, en el seno de las penas accesorias, que son consecuencia directa e impuestas a quien le sea atribuida responsabilidad a raíz de su participación culpable en la comisión de un hecho típico.

Así lo entiende el legislador originario, al incluir esta “consecuencia jurídica” al catálogo del Libro III del Código Penal, de Las Penas, y en particular, siendo categorizada como pena común a los crímenes, simples delitos y faltas. Ese entendimiento le otorgó el profesor Enrique Cury Urzúa al referir que “el comiso o pérdida de los efectos o instrumentos del delito, que no aparece expresamente enumerado entre las penas accesorias, se le reconoce generalmente esa índole, no sólo en virtud de lo dispuesto por el art. 31 del Código Penal sino, además en atención al rótulo del párrafo en el cual está ubicado.”³

No sólo en Chile fue internalizada de esta manera la institución del comiso, sino que en legislaturas locales se replicaba esta fórmula, en cuanto a que el comiso de bienes es una pena accesoria que tiene por objeto privar al condenado de los instrumentos y efectos del delito.⁴

Este entendimiento respecto a la procedencia, extensión y categorización de dicha figura ha mutado inequívocamente a lo largo de los procesos legislativos que atañen a la destinación de los efectos del delito, y de manera enérgica en las últimas décadas, siempre que la complejidad de las organizaciones delictuales y evolución de los mecanismos de comisión delictiva conmina a un mayor esfuerzo legislativo para un óptimo cumplimiento de las metas de política criminal.

He aquí un primer acercamiento a quizás una de sus características más debatida, la naturaleza penal de esta institución, ya que el comiso está vinculado a la pena impuesta por el

³ CURY, E. *Derecho Penal Parte General Tomo I*. 11ª edición. Santiago: Ediciones UC, 2020, p. 704.

⁴ MAIER, J. *Derecho Procesal Penal. Fundamentos y Principios*. Editorial Ad-Hoc, 2015-2016.

delito o la falta. Es decir, es una consecuencia accesoria de ésta y no de la infracción, lo que se opondría a la autonomía.

En lo relacionado con el delito, se requiere la realización de una conducta típica, antijurídica, culpable y punible, no bastando la comisión de un hecho típico que no cumpla con los otros requisitos. La pena se convierte en el presupuesto para la aplicación de esta medida que al menos en esta etapa, tiene un carácter post delictivo.⁵

El incremento de los grupos organizados dedicados a la comisión de delitos y la internacionalización de sus actividades constituye un fenómeno criminológico que por sus implicaciones se ha convertido en el centro de atención de la política criminal.

A nivel supranacional existe un particular interés por llegar a acuerdos en tópicos elementales, de manera que la cooperación judicial y policial entre los Estados para la persecución de esos grupos sea más ágil y eficaz. Uno de esos temas es el comiso, pues la captación del patrimonio ilícito es el punto de partida para acabar con la delincuencia, en particular aquella que cuenta con una estructura y vocación de permanencia y cuyo objetivo primario es la obtención de beneficios económicos.⁶

A pesar de no existir una sistematicidad en la conceptualización y naturaleza jurídica homogénea del comiso, existiendo diferentes aproximaciones y categorizaciones de la doctrina dotada de mayor autoridad, vislumbran elementos comunes característicos a esta particular institución.

Pérdida de titularidad sobre la cosa

En primer lugar, importa una pérdida del dominio o posesión que el condenado pudiera tener respecto de una o más cosas las cuales se vean comprometidas en una investigación penal. El análisis de la extensión de bienes, la titularidad de la cosa decomisada y el procedimiento de ejecución de la cosa es uno de los elementos centrales del presente documento, siempre que tal materia se ha visto objeto de múltiples y nutridas modificaciones legislativas.

⁵ VARGAS, P. *El Comiso del Patrimonio Criminal*. Tesis doctoral. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2012 [consulta 2 de agosto de 2023]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=44687>

⁶ *Ibid.*

Clásicamente, en Chile se entendió de manera categórica la relación del antiguo artículo 31 del Código Penal con el despojo de bienes al imputado, y el alcance de dicho comiso, toda vez que la escasa regulación de la época sobre la materia, importó una consecuencia jurídica regulada de manera poco orgánica y clara.

El profesor Enrique Cury Urzúa, respecto al comiso de efectos, con dominio aseguraba que el comiso “consiste en la pérdida de los efectos que provengan del delito y de los instrumentos con que se ejecutó. Efectos son los productos de la acción punible (cosas sustraídas, etc.) o los objetos sobre los que ella recae (documento falsificado, etc.). Como es lógico, el comiso no tiene lugar cuando los efectos o instrumentos pertenecen a un tercero inocente”.⁷

Además de importar la pérdida del dominio sobre tales cosas, el profesor reconoce categóricamente que la sanción corresponde ser aplicada únicamente al infractor en cualquiera de las formas de participación que comprende la ley, notando evidente la exclusión de un tercero inocente, o que no se le haya reconocido responsabilidad en un ilícito.

Accesoriedad

A continuación, otra característica común que la vasta mayoría de académicos compartía era el carácter de accesorio de esta pena. De manera generalizada, el comiso se considera una pena adicional que se impone como consecuencia de un delito.

La accesoriedad es reconocida por distintos autores, en cuanto se entiende que el comiso no es una pena autónoma, sino una consecuencia que sigue a la comisión de un delito, acompañando a la pena principal.⁸

Esta sanción está dirigida a los bienes o activos relacionados con el delito o que se obtuvieron mediante actividades ilícitas. Autores y teóricos del Derecho Penal han abordado el comiso como una consecuencia jurídica del delito. Esta pena acompaña a la pena principal (similar a naturaleza de la prisión o la multa) y se enfoca en la privación o confiscación de bienes vinculados directamente al delito.

⁷ CURY, E. *Op. cit.*, p. 751.

⁸ RODRÍGUEZ RAMOS, F. *La pena y sus clases*. Madrid: Tecnos, 2001.

Ahondando en este íter del estudio del comiso, autores y teóricos del Derecho Penal, como Luis Ortiz Quiroga y Javier Arévalo Cunich⁹, han situado al comiso dentro de la esfera de las consecuencias jurídicas del delito.

En el marco de las sanciones penales, el comiso se considera una pena accesoria porque acompaña a la pena principal (como a la pena corporal o la multa), y se enfoca en la privación o confiscación de bienes que tienen una vinculación directa con el delito cometido.

El objetivo del comiso es privar al infractor de los beneficios obtenidos ilegalmente y desincentivar la rentabilidad económica de cometer delitos. Se basa en el principio de que no se debe permitir que el infractor se beneficie económicamente de su conducta ilegal. Pero para la procedencia de esta sanción, es menester la perpetración de un delito principal que genere para el autor, réditos injustos.

Sentencia Condenatoria como presupuesto de procedencia

Finalmente, y a modo de ejemplo de elementos comunes a la figura tradicional del comiso, profundamente asociado a la característica de accesoriedad del mismo, es posible vislumbrar que para que proceda esta pérdida del dominio de bienes, debe existir una sentencia condenatoria, que mueva estas cosas corporales, comprometidas en un hecho delictivo, de la esfera de propiedad del imputado, a beneficio fiscal.

Así al menos lo entendió la doctrina nacional, al referir que para que proceda el comiso de bienes en el derecho penal chileno, es necesario que exista una sentencia definitiva condenatoria, ya que el comiso se basa en la comprobación judicial de la responsabilidad penal del acusado.¹⁰

Lo anterior se condice con que necesariamente el comiso se aplica en función de la pena principal y depende necesariamente de una declaración de culpabilidad¹¹, y la comprobación de esta puede darse únicamente en la sentencia condenatoria, en cuanto a existencia del delito, participación punible y penas principales y accesorias a las que el hechor deberá someterse.

⁹ ORTÍZ, L. y ARÉVALO, J. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2013.

¹⁰ NOVOA MONREAL, E. *Derecho Penal Chileno: Parte General*. Editorial Jurídica de Chile, 2002.

¹¹ SILVA SANCHEZ, J. M. *La expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Barcelona: Marcial Pons, 1996.

Es fundamental entender que esta ha sido una concepción decimonónica del comiso. En los últimos años, las modificaciones legales respecto a la pérdida del dominio de bienes de un infractor, en el ordenamiento jurídico chileno, ha experimentado una significativa transformación, tanto respecto a su naturaleza, objeto, sujetos y en especial, respecto a sus efectos.

Antiguamente, el comiso era una figura jurídica utilizada principalmente para decomisar bienes relacionados con delitos de mayor relevancia dentro de los intereses del Estado, como aquellos que involucran al tráfico de estupefacientes o los delitos de “cuello y corbata”. Sin embargo, estas reformas han ampliado su alcance, permitiendo que también se aplique respecto de las ganancias de delitos de menor envergadura o relevancia criminológica.

2-. El comiso

El análisis de la pérdida de objetos en cuanto a un delito es pertinente, como sanción al infractor, no ha estado exento de controversias. En cuanto a su fundamentación, existen lineamientos orgánicos que pueden justificar esta consecuencia jurídica, más su naturaleza híbrida y poco sistematizada conmina en ahondar un poco en las características particulares de las distintas legislaciones para encontrar puntos en común.

2.1 Concepto y naturaleza

A pesar de que el desarrollo del comiso en la doctrina global decimonónica no se podría calificar como extenso, no existe una definición unívoca respecto de este concepto. Sin perjuicio de lo anterior, la doctrina clásica lo define como: “la pérdida de los efectos, objetos y ganancias relacionados con la infracción delictiva”¹². Como se adelantó preliminarmente, el elemento central del comiso es la pérdida de titularidad respecto de cosas involucradas en el hecho delictivo.

¹² CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I. *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 5.

Esta pérdida de dominio no es antojadiza, siempre que se ve fundada por el principio general de que no es ético ni legal aprovecharse de las ganancias obtenidas a través de un delito, y que nadie debe enriquecerse injustamente a expensas de otro. Este principio subyace en todas las ramas del derecho y condena cualquier forma de enriquecimiento sin causa que carezca de justificación legal¹³. Los ordenamientos jurídicos acostumbran de manera transversal sancionar y condenar cualquier acto que implique beneficio económico proveniente de actividades ilícitas.

En cuanto a la naturaleza jurídica del instituto del comiso, existen distintas posturas respecto a dónde clasificar esta consecuencia del derecho penal. Para ciertos autores el comiso es una institución de carácter más o menos mixto, toda vez que tendría una naturaleza híbrida, ya que participa tanto de las características punitivas como preventivas¹⁴, con un claro fin de restablecer el orden jurídico alterado por el delito¹⁵.

Otro sector de la doctrina desplaza la naturaleza del comiso hacia las medidas de seguridad, toda vez que busca impedir la permanencia de las situaciones peligrosas que puedan derivar del delito¹⁶, ya que su finalidad es evitar que el delincuente obtenga beneficios del delito¹⁷.

Este aumento de patrimonio por parte del transgresor no es perseguible *per se*, si no, que la actividad delictiva que sirve como justificación de ganancia lo es, y la pérdida de tal bien por el infractor es su consecuencia jurídica.

En esa línea, Ramírez Troncoso refiere que *“el enriquecimiento ilícito es un tipo penal complejo que requiere la acreditación del aumento patrimonial no justificado para su consumación, pero al no describir una acción típica propia se le señala como un delito residual o subsidiario considerándolo la “sombra delictiva” de otro hecho punible principal que el Ministerio Público como titular de la acción penal pública no alcanzó a probar”*¹⁸

¹³ BORDA, G. *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones*. Michigan: Editorial Perrot, 1995.

¹⁴ CERESO, J. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. 6.ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2001.

¹⁵ ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte General*. 3.ª ed. Madrid: Civitas, 2014.

¹⁶ QUINTERO, G. *Medidas de seguridad y Derecho Penal*. Sevilla: Ediciones Jurídicas, 2008

¹⁷ HASSEMER, W. *Teorías de la pena*. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

¹⁸ RAMÍREZ, L. *La subsidiariedad del delito de enriquecimiento ilícito en la lucha contra la corrupción en el Perú*. Trabajo final de máster. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2021. [consulta 15 de septiembre de 2023], p.5. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10366/147496>

Este principio de enriquecimiento sin causa justa no es una novedad en nuestra cultura jurídica, siendo aplicable de manera transversal en las ramas del derecho, reconocido en una amplia gama de fallos que atienden al destino de las ganancias que una actividad antijurídica importa.

En ese sentido, la Corte Suprema falló previniendo, “*que el enriquecimiento sin causa es un principio general del derecho ampliamente reconocido en la doctrina y en la jurisprudencia, que consiste en que el Derecho repudia el enriquecimiento a expensas de otro sin una causa que lo justifique. (...) Su fundamento radica en la equidad, que pone de manifiesto la necesidad de evitar que alguien se enriquezca indebidamente a costa de otro*”¹⁹.

El destino de estos bienes incautados a quien compete definir es al legislador, en atención a la función retributiva del *ius puniendi*. La transgresión a los bienes jurídicos protegidos en la artista penal importa distintos tipos de reparaciones, donde el rol de la reparación a la víctima pareciera primordial. Pero en las hipótesis de ganancias a partir de un hecho delictivo de sujeto pasivo difuso, atiende a la mantención del *status quo* mediante el equilibrio y reparación social.

En ese orden de ideas, Blanco Cordero advierte que “Un entendimiento tan amplio del comiso de ganancias, que le atribuye naturaleza de sanción penal, permitirá la privación del valor total de lo obtenido del delito. De esta manera se evita un enriquecimiento ilícito y, a su vez, se atribuye al comiso una función preventivo-general y especial propia de las sanciones penales”²⁰.

A pesar de que el comiso de las ganancias obtenidas mediante la ejecución de un ilícito pareciera justificarse y armonizar de mejor manera la finalidad de la institución, no es mucho tiempo el que se le ha dedicado a nivel legislativo, incluso teniendo a la vista el alarmante incremento, en el panorama nacional, de mecanismos de comisión delictiva cada vez más reductibles, es hasta hace poco que ha generado un especial interés y que ha venido en reformar tal consecuencia.

¹⁹ CS. Rol N° 4588-15, considerando quinto. Chile: 7.3.2016

²⁰ BLANCO, I. *El comiso de ganancias: ¿brutas o netas?* En: *Diario la Ley* [en línea]. 2011, v. 7569 (n°1). [consulta: 20 de octubre de 2023], p. 2. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es>

2.2 Formas del Comiso

El diverso tratamiento en cuanto a comiso refiere, en gran medida se da en el sentido de la confusión generalizada en cuanto a los distintos objetos sobre los cuales puede recaer esta sanción, y que según sea la legislación observada, requerirá distintos requisitos y puede solicitarse en diferentes oportunidades procesales. A continuación se enumeran las formas del comiso mas conocidas.

El comiso de instrumentos (instrumenta scaeleris)

Nuestro Código Penal, en su artículo 21 alude a que el comiso es una pena común a los crímenes, los simples delitos y las faltas, y previene como tal la “Pérdida o comiso de los instrumentos o efectos del delito”. Haciendo hincapié que el legislador asimila al concepto de comiso a la pérdida de la titularidad del derecho de dominio sobre las cosas, también podría colegirse que los conceptos de instrumentos o efectos serían equivalentes, a lo que la doctrina no estaría conforme.

Para la doctrina tradicional, se ha dicho que los instrumentos son los objetos materiales e inmateriales de los que se sirve el autor para preparar o ejecutar la infracción, aquellos objetos usados para la realización de la acción delictiva²¹.

Dentro de esta categoría, cabrían aquellos elementos idóneos para la consecución del fin y la ejecución material por parte del transgresor, como por ejemplo, las armas utilizadas en el tipo de robo con intimidación (art. 433 CP), los dineros utilizados para la fabricación de estupefacientes (art. 1º y ss de la ley 20.000), los objetos contundentes empleados para la fractura de puertas interiores, armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellado en el delito de robo en lugar no habitado (art. 442 N°2 CP) y quizás de mejor manera ilustrado en el delito de porte o fabricación de elementos comúnmente empleados en el delito de robo (art. 445 CP).

Con todo, el antiguo artículo 31 del Código Penal, al tratar los instrumentos del comiso, alude a que “ha sido empleada como instrumento en la perpetración de un delito y sea especialmente apta para ser empleada delictivamente. Se entenderá que son especialmente

²¹ VARGAS, P. *Op. cit.*, p. 104.

aptas para ser utilizadas delictivamente, en todo caso, aquellas cosas cuya tenencia o porte se encuentra en general prohibida por la ley”.

No es de exclusiva discusión local si es que el comiso de instrumentos aplica en todos los delitos, cual sea su grado de desarrollo, ya que el verbo del tipo pareciera aludir en mayor medida a los delitos consumados y de carácter doloso. De ahí que refiere Vargas González que “Lo relevante, repito, es la inclusión del comiso en delitos imprudentes y el cambio que a raíz de esto debe operarse en el significado que se otorga al instrumento, desproveyendo de todo contenido intencional”²².

La anterior concepción por baladí que pudiera parecer a prima facie no lo es tanto, ya que en parte fundamenta él para qué desproveer del actor aquellos objetos empleados para la ejecución del acto delictual. En un orden similar, Ananías advierte que “son aquellos bienes con que se haya preparado o ejecutado un delito doloso o imprudente o una falta, si y sólo si hubieren sido utilizados o se encuentran relacionados con las acciones a las que son imputables (causalmente) la preparación o comisión del delito (relación de medio a fin). Cierta jurisprudencia agrega, a su vez, el requisito de utilización próxima en el tiempo.”²³

Tal y como describe la norma citada a los instrumentos que sean especialmente aptos para ser empleados delictivamente, incluye una prohibición general de tenencia, tal como es el caso de la Ley de Control de Armas, que infunde un nutrido catálogo de objetos de tenencia y porte prohibidos sin la debida autorización.

Por su parte, aquellos instrumentos que per se no se encuentra prohibida la tenencia, de igual manera caen en la consecuencia del comiso, primero, porque pueden importar una peligrosidad general, o segundo, como forma de prevención especial si se mantiene en manos del malhechor significare una reincidencia.

²² VARGAS, P. *Íbid.*, p. 108

²³ ANANÍAS, I. El comiso de ganancias. En: *Revista de estudios de la justicia* [en línea]. Chile: Universidad de Chile, 2014, (nº 21), pp. 153-196. [consulta: 20 de julio de 2024], p. 160. Disponible en: <https://doi.org/10.5354/rej.v0i21.36328>

El comiso de efectos (productio scaeleris)

La doctrina internacional ha considerado de manera transversal efectos aquellos provenientes del delito o falta, o los bienes producidos, transformados y manipulados desde la propia conducta constitutiva de la infracción.

En este punto, Vargas utiliza como ejemplo el dinero falsificado, en cuanto, y desglosando los elementos del tipo, veremos que el efecto del delito será lo obtenido a propósito de su ejecución, que es el fin del malhechor.²⁴ En nuestro ordenamiento jurídico penal, podríamos referir que los efectos en materia de falsificación sería siempre el comiso del producto obtenido proveniente de la conducta ilícita, a diferencia del comiso de las ganancias, en concreto, sufriría la consecuencia de comiso todos aquellos elementos contenidos en el acápite II del título cuarto, relativo a la falsificación de documentos de crédito del Estado, de las Municipalidades, de los establecimientos públicos, sociedades anónimas o bancos de emisión legalmente autorizados, y también del párrafo IV del mismo título, de la falsificación de documentos públicos o auténticos.

En este orden de ideas, encontramos una coincidencia en el objeto de comiso con lo producido por ejecución del delito, con lo efectivamente tipificado, siempre que el legislador entiende que la libre circulación de estos elementos genera un peligro per se.

Respecto a la legitimidad de la pérdida de dominio del autor de estos instrumentos y efectos, Castellví acusa que será ajustado a derecho en algunos casos sí y en otros no. Si los instrumentos o efectos son ilegales en sí mismos, su privación no podrá ser considerada un mal, porque el sujeto sobre el que recae el decomiso no tiene derecho a los mismos.

El decomiso de un arma ilegal que se ha utilizado como instrumento en un homicidio no es un mal, porque el homicida no tenía derecho a poseer ese arma. Lo mismo ocurre con los efectos de un delito de tráfico de drogas: el traficante no tiene derecho al hachís que poseía y, por tanto, su decomiso no le priva de ningún derecho legítimo.

En cambio, si los instrumentos o efectos son legales y el sujeto tenía derecho a los mismos, su privación deberá ser considerada un mal. En efecto, privar al ladrón de la

²⁴ VARGAS, P. *Op. cit.*, p. 98.

palanqueta con la que ha efectuado diversos robos con fuerza, pero que ha adquirido lícitamente en una ferretería, supone restringir derechos legítimos. Lo mismo ocurre con el coche utilizado como instrumento para cometer diferentes delitos contra la seguridad del tráfico. En ambos casos, el decomiso constituye indudablemente un mal.²⁵

El comiso de ganancias

Para la doctrina tradicional, el comiso de las ganancias en la ejecución de un ilícito importa una doble naturaleza, siendo en primer término, una sanción penal, o consecuencia punitiva directa para el ofensor, y en segundo lugar, una medida restitutoria o compensatoria para resarcir tanto al ofendido como a la víctima al estado anterior a la perpetración del ilícito. Esta medida priva al ofensor de todos aquellos réditos obtenidos a expensas de delitos, en favor al erario público, siempre que la actividad criminal se ha tecnificado, en mayor medida, gracias a las ganancias, como lo haría una empresa.

Para Isidoro Blanco, el “comiso de ganancias responde a la idea de neutralizar un enriquecimiento o situación patrimonial ilícitos. El Estado no consiente que se puedan obtener ganancias o beneficios de la realización de conductas delictivas, por lo que ordena la pérdida de éstas.”²⁶.

El mayor nivel de desarrollo que puede observarse de la institución de comiso de los beneficios obtenidos en un ilícito, podemos encontrarlo en leyes especiales, que naturalmente, dada su posterior época de promulgación, promueve que la discusión parlamentaria en cuanto a su nacimiento aborde problemáticas y medios de comisión más ajustada al panorama contemporáneo.

A su respecto, el artículo 45 de la ley 20.000, decreta el comiso de distintas especies de bienes catalogadas en su inciso primero, refiriendo dentro de estos objetos, aquellos “instrumentos que haya servido o hubiere estado destinado a la comisión de cualquiera de los delitos penados en esta ley; los efectos que de ellos provengan y las utilidades que hubieren originado”.

²⁵ CASTELLVÍ, C. Decomisar sin Castigar: utilidad y legitimidad del decomiso de ganancias En: *Revista para el análisis del derecho* [en línea]. Barcelona: Universitat de Barcelona, 2019, (nº 2), pp. 1-67. [consulta: 29 de julio de 2024]. Disponible en: <http://hdl.handle.net/2445/159799>

²⁶ BLANCO, I. *Op. cit.*, p. 20.

2.3 Regulación normativa en Chile del Comiso previo a reforma

Como fue adelantado anteriormente, la figura del comiso en el plano legislativo nacional no ha ocupado un espacio preponderante hasta los inicios de la última década. Es más, y a diferencia de otras legislaciones, el grueso normativo del comiso se encontraba enmarcado en una breve disposición, el antiguo artículo 31 del Código Penal, que rezaba:

“Art. 31. Toda la pena que se imponga por un crimen o un simple delito, lleva consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los instrumentos con que se ejecutó, a menos que pertenezcan a un tercero no responsable del crimen o simple delito”

De la lectura de este precepto, cabe interpretar que el comiso configura una consecuencia pecuniaria, en virtud del vocablo “pérdida” que en este caso fluye como sanción de todo aquello que proviene, o fue utilizado a la perpetración de un ilícito penal, como lo equivaldría el artículo 21 del mismo cuerpo.

Es así como el artículo 21 del Código Penal del legislador originario, y siendo consecuencia de un crimen o simple delito el actuar sancionado, pretéritamente se le asociaba a una pena de aplicación general o común, dado su ubicación espacial, en la clase de penas accesorias, al referir “Pérdida o comiso de los instrumentos o efectos del delito”.

En el mismo orden ideas, el artículo 500 del Código Penal trata al comiso como una consecuencia respecto de los efectos e instrumentos de las faltas al referir “El comiso de los instrumentos y efectos de las faltas, expresados en el artículo anterior, lo decretará el tribunal a su prudente arbitrio según los casos y circunstancias.”.

A su vez, la figura del comiso se manifestó de forma más desarrollada en ciertas leyes especiales, tales como la Ley N°19.913 sobre Lavado y Blanqueo de Activos, Ley N°20.000 sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes y la Ley 20.393 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas.

De este escueto desarrollo normativo, el profesor Ignacio Ananías Zaror identifica de forma acertada una situación crítica para la elaboración de políticas criminales significativas

que apuntan al desarticulación de las organizaciones delictuales, al referir: “no existe una política criminal idónea para despojar a las organizaciones criminales de los provechos obtenidos de sus actividades ilícitas (no obstante la creación de organismos de prevención). Es decir, a pesar de la adopción de un repertorio de penas más amplio que el tradicional, la exacción de los beneficios obtenidos ilícitamente es bastante deficiente. Ello tiene como soporte que el proceso penal se dirige aún –en esencia– a la sanción del delito y no tanto a recobrar las ganancias obtenidas, así como también a la incapacidad (proporcional) del adjudicador para localizar estas.”²⁷

Más allá, de contemplarse situaciones correctamente desarrolladas en los cuerpos normativos especiales, se acotaba solo a las materias que tales normas abordaban, por lo que para el mundo del tipo general/ordinario, no se vislumbraba un procedimiento general y tangible para cumplir con los fines de la institución.

Es más, la imposibilidad de materialización de los fines del comiso, deben además resistir la oposición de un tercero, siempre que de verse en pugna la extinción del dominio en un bien, y un tercero detenta alguna de las formas en que se puede estar respecto a una cosa, y siempre cuando acrediten un derecho legítimo sobre los bienes afectados por el comiso, garantizando así la protección de su patrimonio frente a decisiones que afectan a los bienes ilícitamente obtenidos por el condenado²⁸, el Juez de Garantía tendería dar lugar a dicha solicitud, sin mayor reproche a mayores criterios, siempre que sea debidamente acreditado en autos la legítima tenencia.

Como fue adelantado previamente, el mayor desarrollo de esta institución lo contiene la regulación de esta institución en las leyes especiales, siendo para estos efectos, la figura del artículo 45 de la ley 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

La redacción de la disposición aludida complementa en buena manera lo que ya las reglas generales prevenían, pero con un desarrollo sustancial, al referirse expresamente como objeto a decomisar, “las utilidades que hubieren originado cualquiera que sea su naturaleza

²⁷ ANANÍAS, I. *Op. Cit.*, p. 3

²⁸ GÓMEZ ORBANEJA, M. *Derecho Penal Español. Parte General y Parte Especial*. Madrid: Reus, 1984.

jurídica, o las transformaciones que hubieren experimentado, como, asimismo, todos aquellos bienes facilitados o adquiridos por terceros a sabiendas o no pudiendo menos que conocer del destino u origen de los mismos.”.

A pesar de existir una parcialmente desarrollada conceptualización e interpretación de los conceptos efectos e instrumentos, y tratar de encasillar las ganancias dentro de estas, es el legislador especial quien viene en referir expresamente la aplicación de la sanción en estos, como también profundiza en la redacción y alcance de los términos contemplados en el Código Penal.

Como innovación dentro de esta regulación, vino en gran medida junto a la ampliación del sujeto pasivo del comiso, abarcando a bienes pretendidamente de terceros que tuvieran justo título para poseer la cosa, como también la destinación y procedimiento de enajenación involuntaria realizado en sede penal.

Otros cuerpos normativos que desarrollan a mayor detalle es la Ley N°19.913, relativa a la Creación de la unidad de análisis financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos (modificada por la Ley 21.575) y la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas (20.393).

2.4 Hacia un fortalecimiento del Comiso

A pesar de que la existencia de individuos o agrupaciones dedicadas a actividades ilícitas de manera recurrente para subsistir es sumamente remoto, la tecnificación y aumento de negocios criminales cuantiosamente rentables ha trasladado el boom delictivo a los tiempos modernos.

Las innovaciones tecnológicas han garantizado a la población común un mejor y más económico acceso a distintos bienes y servicios con los cuales pueden perpetrar y ocultar un ilícito, innovaciones que influyen esencialmente en el área de transporte, comunicación y manufactura de elementos prohibidos.

En la década de los 80', la preocupación por la tendencia creciente de producción, distribución y transporte de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, confluyente en un sostenido aumento de consumo por los diversos grupos sociales, alarmó tanto a nivel local como internacional a las instituciones que tienen como norte la prevención de delitos.

Ésta década marcó un cambio significativo en el panorama del narcotráfico, con la consolidación de cárteles poderosos en América Latina, como los de Medellín y Cali, que comenzaron a dominar el comercio mundial de cocaína.²⁹

El crecimiento de estas organizaciones se debe en gran parte a la rentabilidad del negocio de las drogas y a las deficiencias en la cooperación internacional para combatir el narcotráfico.³⁰

Las asociaciones delictivas, cada vez más complejas en su estructura, organización y jerarquía, dió luces de la escalada criminal que se forjaba en la época ya que, y principalmente³¹ el tráfico de estupefacientes experimentó un aumento sin precedentes debido a la sofisticación de las redes criminales y la diversificación de sus rutas y métodos.

Así las cosas, y con la celebración Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988³², suscrita en Viena, el 20 de diciembre de 1988 se inicia una intensificación a nivel global de la figura del comiso de efectos y ganancias provenientes de una actividad ilícita, siendo varios los países que acogieron lo observado en dicho instrumento, introduciéndose progresivamente dentro de sus legislaciones, atendida las necesidades de cada territorio.

Como refiere Valero Montenegro, “Esta Convención constituye no sólo la continuación y el fortalecimiento de pretéritos ordenamientos de lucha contra el narcotráfico y la obtención de dineros derivados del delito, sino que además, se trata de un conjunto normativo dotado de

²⁹ BAGLEY, B. M. *Drug trafficking and organized crime in Americas: major trends in the 1980s*. Miami: University of Miami Press, 1988.

³⁰ REUTER, P. *The organization of illegal markets: an economic analysis*. Washington, D.C.: National Institute of Justice, 1992.

³¹ ROLDÁN PÉREZ, J. *Crimen organizado y narcotráfico: análisis histórico y contemporáneo*. Bogotá: Editorial Temis, 2005.

³² ONU. *Convención sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas*. Viena, Austria: 1988. ONU. *Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. Palermo, Italia: 2000

herramientas y medidas drásticas para enfrentar el crimen como por ejemplo, la posibilidad de invertir la carga de la prueba...”³³.

La Convención contiene los conceptos asociados a la figura del decomiso, distingue los aspectos sustanciales de los procesales, separando las medidas cautelares de las reglas de reconocimiento de la consecuencia jurídica, e incorpora una serie de recomendaciones para que los Estados adherentes construyan un sistema adecuado de persecución y afectación de bienes con fines de decomiso.³⁴

El decomiso, según la convención en análisis, procede sobre los siguientes elementos:

1. El producto derivado de los delitos de narcotráfico y delitos conexos (artículo 5 N°1, a).
2. Bienes cuyo valor es equivalente a ese producto (art. 5 N°1 b).
3. Objeto material del delito (artículo 5 N° 1, b)
4. Instrumentos del delito (artículo 5 N° 1, a y b)
5. Bienes destinados a ser utilizados en la comisión del delito (artículo 5 N° 1, b)
6. Bienes empleados en las conductas de ocultamiento o encubrimiento del origen ilícito de los bienes (artículo 3 N° 1, b).
7. Bienes transformados o convertidos en otros bienes (artículo 5 N° 6, a).
8. Productos del delito que han sido mezclados con bienes de fuente lícita (artículo 5 N° 6, b)
9. Ingresos o beneficios derivados de los bienes anteriores (artículo 5 N° 6, c).³⁵

³³ VALERO, L. *Los bienes equivalentes y el riesgo de confiscación en la Ley de extinción del dominio y en el comiso penal*. En: *Via Iuris* [en línea]. Colombia: Fundación universitaria Los Libertadores, 2009, (n°6), pp. 71-89. [consulta: 11 de diciembre de 2023], p.3. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/2739/273920944006.pdf>

³⁴ SANTANDER, G. *Naturaleza jurídica de la extinción de dominio: fundamentos de las causales extintivas*. Tesis de maestría. Universidad Santo Tomás, Chile, 2018. [consulta: 8 de enero de 2024]. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.15332/tg.mae.2018.00168>

³⁵ ONU. *Op. cit.*

A continuación, la celebración de la Convención contra el crimen transnacional organizado de 2000, ratificada en Chile el año 2004, identifica al comiso con la privación con carácter definitivo de bienes por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente. Destacan dentro de este instrumento la inclusión de “ingresos u otros beneficios derivados del producto del delito, de bienes en los que se haya transformado o convertido el producto del delito o de bienes con los que se haya entremezclado el producto del delito (art. 12 N°5)”.

A nivel internacional, el antecedente más gravitante para la introducción de esta nueva institucionalidad que permite el comiso sin condena previa se encuentra en la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción del año 2003, que se refiere en su artículo 31 al embargo preventivo, la incautación y el decomiso del producto de delitos tipificados con arreglo a dicha Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto. Agregando luego, en el artículo 54, 1, c) que cada Estado parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de esos bienes sin que medie la condena, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado.

De manera paulatina, las legislaciones con mayor desarrollo en cuanto a combate de las prácticas delictivas organizacionales, lo cual fue loado de manera transversal. Esa decisión político criminal de reformar el comiso responde a su creciente importancia como medio para combatir la criminalidad que proporciona a sus autores ingentes réditos patrimoniales. En este sentido, numerosas disposiciones internacionales instan a ampliar el papel asignado al decomiso en los ordenamientos estatales, y en concreto en el escenario jurídico europeo.³⁶

La experiencia Española

Así, los distintos ordenamientos jurídicos hicieron eco a la implementación de figuras que fortalezcan la efectividad del comiso, siempre que demostró ser una de las sanciones más eficaces contra el crimen organizado.

Notorios han sido los casos de implementación, pero quizás, uno de los más relevantes, ha sido el de la legislación española, ya que concebía antiguamente un desarrollo normativo

³⁶ ROIG, M. La Reglación del Comiso. El modelo Alemán y la reciente reforma Española. En: *Estudios Penales y Criminológicos* [en línea]. España: Universidad de Santiago de Compostela, 2016, v. 36, pp. 199-279. [consulta: 26 de enero de 2024]. Disponible en: <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/3028>

bastante similar al chileno, ya que esta institución era recogida solo en dos disposiciones del Código Penal Español de 1995, en sus artículos 127, que aludía esencialmente a que “toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los instrumentos con que se haya ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar...” y por su parte, el artículo 128 prevé la posibilidad de que el comiso se decrete sólo parcialmente, e incluso no se decrete, “cuando los referidos efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles”. Del análisis somero, es posible encontrar una regulación similar a la experiencia Chilena, ya que el desarrollo de la institución del comiso.

Ya el 1 de octubre de 2004, y con la entrada en vigencia la modificación de la Ley Orgánica 15/2003 del Código Penal, que modifica la Ley Orgánica 10/1995, la institución del comiso cobra una mayor preponderancia en el ordenamiento español, modificando el artículo 127, para darle mayor profundidad³⁷. En primer término, al añadirse cuatro numerales a la disposición, en su primer literal, se dedica a ahondar en la enunciación del objeto del comiso, al referir la pérdida por parte del infractor de los “bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado (el ilícito), así como las ganancias provenientes del delito o falta”. En su segundo numeral, la disposición ahora refiere la figura del comiso por equivalencia, siempre que no fuera posible el comiso de los bienes antes mencionados, por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables.

A esto refiere el abogado Manuel Restrepo Medina, al analizar la reforma colombiana al comiso donde se extiende esta consecuencia “a los bienes o recursos producto directo o indirecto del delito mezclados o encubiertos con otros de lícita procedencia y a los que equivalgan al valor de aquellos cuando los mismos no puedan ser localizados, identificados o afectados materialmente...”³⁸.

³⁷ RIBAS, R. *La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria*. En: *Estudios Penales y Criminológicos* [en línea]. España: Universidad de Santiago de Compostela, 2004, v. 24, pp. 518-564. [consulta: 2 de febrero de 2024]. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10347/4090>

³⁸ RESTREPO, M. *El comiso: análisis sistemático e instrumentación cautelar*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2007, p. 72.

El nuevo numeral tercero por su parte refiere a la procedencia del comiso incluso sin haber sentencia condenatoria respecto del imputado, y el numeral cuarto finalmente alude a la venta de los bienes decomisados que sean de comercio lícito, y siendo inutilizados en caso contrario.

Modernización del comiso en Alemania

La actividad legislativa en cuanto a la figura del comiso en Alemania tiene un origen pretérito. Con la reforma al comiso del año 1970, se introduce al panorama una distinción marcada entre el comiso de bienes que tuvieren directa relación con la comisión del ilícito, y la instauración del comiso como una medida preventiva. Para Ambos, la reforma de 1970 marcó un punto de inflexión al establecer mecanismos más eficientes para el comiso de bienes, incluso cuando no se pudo probar directamente la relación de los bienes con el delito.³⁹

Posteriormente, en 1992, se dicta la Ley de Lucha contra el Crimen Organizado, que tuvo como principal norte el fortalecimiento de herramientas para la consecución del comiso, y en particular, la permisión de comiso de bienes sin la necesidad de una sentencia condenatoria previa, siempre que se demuestre fehacientemente que los bienes fueron obtenidos mediante la comisión de actividades antijurídicas. La introducción de la posibilidad de comiso sin condena en 1992 fue una medida clave para atacar las estructuras del crimen organizado, facilitando la privación de bienes obtenidos ilícitamente.⁴⁰

Finalmente en Alemania tuvo lugar el 1 de junio del año 2017 una reforma integral que modificó por completo la regulación del decomiso y que impactó tanto en el articulado penal como en el procesal penal.

En concreto, se buscaba racionalizar la relación del decomiso con la indemnización de las víctimas, permitir a los tribunales aplazar la orden de decomiso a una etapa posterior a la sentencia condenatoria, extender el ámbito del decomiso ampliado y establecer una base jurídica para el decomiso sin condena de bienes de origen desconocido.⁴¹

³⁹ AMBOS, K. The Dual Penal and Preventive Function of Confiscation in Criminal Law. En: *Journal of International Criminal Justice* [en línea]. 2014, v. 12 (nº 1), pp. 9-27. [consulta: 3 de agosto de 2024].

⁴⁰ FISCHER, T. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. C.H. Beck, 2016, p. 542.

⁴¹ CARRILLO, A. *Recuperación de activos en el sistema penal alemán: luces y sombras del actual régimen de decomiso de ganancias*. España: Universidad de Salamanca, 2018.

Fue gracias a esta reforma que se aproximó el sistema penal Alemán a modernizar la procedencia de este, mediante la simplificación del procedimiento de ejecución, y ampliando las posibilidades de comiso sin condena, haciendo procedente el acompañamiento de pruebas indirectas para estos efectos.⁴²

El comiso en Italia

Otro caso insigne en cuanto a la modernización del comiso atañe, es la experiencia de Italia. El año 1982, fue aprobada por el parlamento italiano la Ley Rognoni- La Torre, que tuvo por finalidad dar respuestas a los ataques y amenazas que las autoridades a la época sufrían por parte de las asociaciones criminales, advirtiéndole que mediante la exacción de los bienes provenientes de actividades mafiosas, se podrían desarticular dichas organizaciones.

Se introduce al Código Penal Italiano la figura de “Asociación de tipo mafioso” regulado en el otrora 416 bis, aunado a la imposición de medidas patrimoniales que achacaren las acumulaciones ilícitas o sin fundamento negocial de capital. Esta Ley fue un hito crucial para la imposición de la confiscación de bienes sin una condena penal previa.⁴³

El año 2011, con la dictación del Código Antimafia, de alguna forma se consolidó la institución vigente del comiso, haciendo más efectivas la procedencia de esta institución la confiscación de bienes de carácter preventivo, y ampliando las facultades en contra de las agrupaciones delictivas, mediante la reorganización y modernización del marco legal, haciendo más efectivo el uso del comiso preventivo contra los activos de origen ilícito.⁴⁴

Ya en el año 2017, y con la introducción de la Ley N°161 del año 2017 se evidencia un notorio fortalecimiento a la figura del comiso, en cuanto acrecentó aun más las circunstancias en las que se puede aplicar el comiso ampliado, permitiendo que las autoridades confisquen bienes que se consideren de origen ilícito cuando el acusado no pueda justificar adecuadamente su procedencia, incluso en casos donde no haya una condena penal definitiva.

⁴² KUDLICH, H. *Modernisierung des Verfalls und der Einziehung*. Alemania: JuristenZeitung, 2018.

⁴³ MANACORDA, S. La confisca dei beni nel sistema giuridico italiano. En: *Rivista di Diritto Penale* [en línea]. Italia: 2007, v. 25 (n°3), pp 215-240. [consulta: 5 de agosto de 2024].

⁴⁴ FIANDACA, G. *Diritto Penale e Antimafia: Problemi e Prospettive*. Italia: Giuffrè Editore, 2019.

CAPÍTULO II

1-. Contexto a la modificación del comiso

Como se ha venido adelantando en los anteriores acápite, la regulación de la institución del comiso en nuestro país ha sufrido una importante alteración, que viene a influir sustancialmente en diversos puntos de interés en cuanto a objeto, sujeto pasivo, procedimiento de ejecución, entre otros de la institución.

La preocupación a la época en nuestro plano nacional incrementó exponencialmente, principalmente en torno al narcotráfico, que en América Latina, es la principal manifestación de la delincuencia organizada transnacional, y es a raíz de este delito que otros ilícitos se potencian directa o indirectamente, tales como el comercio ilegal de armas, la corrupción, entre otros.⁴⁵

La delincuencia organizada en Chile ha aumentado significativamente entre 2021 y 2022, lo que es contrastable con informes elaborados por la Policía de Investigaciones y Carabineros de Chile, constatando un aumento del 76,9% en secuestros, 43% en homicidios y 44% en extorsiones. Dentro del indicador global de crimen organizado de 2023, se sitúa a Chile en el puesto 86° a nivel mundial, y 19° en la región latinoamericana. Según la Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana (ENUSC) 2022, la percepción de inseguridad en Chile alcanzó un máximo histórico del 90.6%⁴⁶.

Esta latente preocupación nacional culminó finalmente en la comprensión de que existe una necesidad urgente y dinámica para la supresión de la proliferación del ejercicio de actividades ilícitas por organizaciones criminales cada vez más articuladas. Bajo ese

⁴⁵ TRONCOSO V. Narcotráfico y el desafío a la seguridad en la triple frontera andina. En: *Revista de relaciones internacionales, estrategia y seguridad* [en línea]. Colombia: 2016, v.12 (n° 1), pp. 103-130. [consulta 6 de agosto de 2024]. Disponible en: <https://doi.org/10.18359/ries.2461>

⁴⁶ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. *19° Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana*. Chile: Instituto Nacional de Estadísticas, 2022.

entendimiento, el ejecutivo de la época, a la emisión del Mensaje N°495-368 de 27 de diciembre identificó que un mecanismo eficiente para frenar esta exponencial proliferación es el control de los réditos obtenidos por las bandas, a fin de que no sea posible financiar una nueva empresa delictual.

Este esfuerzo reformista nace esencialmente desde la alarmante situación delictiva que acontece, en cuanto a la necesidad de una actualización sobre la tipificación de las “Asociaciones delictivas” tratadas en el antiguo artículo 292 y siguientes del código Penal. En Informe de Comisión de Seguridad Ciudadana, del 05 de mayo de 2021 durante la sesión 32, el Fiscal Nacional de la época, Jorge Abbott, refiere “En nuestro Código Penal, el fenómeno que llamamos crimen organizado está representado en el tipo penal de asociación ilícita, descrito en el artículo 292 y siguientes, esto ha sido así desde que se dictó dicho Código y ha perdurado sin mayores modificaciones hasta la fecha. Desde el inicio de la reforma procesal penal los casos por este delito han aumentado, si se comparan los primeros diez años de reforma, el año 2009 ingresaron 48 casos por este delito a nivel país, mientras que para el 2010 esa cifra se duplicó, llegando a 99 casos ingresados. En los cinco últimos años los casos han seguido la misma curva ascendente, el 2015 ingresaron 17 casos, cerrando el 2019 con 40 casos. Este año 2020 ha sido el año de las grandes asociaciones ilícitas, conocidas mediáticamente por receptar grandes cantidades de vehículos, o hacerse de grandes sumas de dinero, como por ejemplo en las llamadas mediáticamente “industria del portonazo” o “el robo del siglo”, casos en los que se imputó asociación ilícita del 292 del CP.”⁴⁷

La nueva institucionalidad incorporada por la Ley N° 21.577, no ha sido precedida de un intenso debate dogmático, tanto en materia penal como procesal penal, lo que explica el cúmulo de interrogantes a los que ha dado y dará lugar. En este orden de ideas, las mayores dudas vienen aparejadas respecto del comiso sin condena previa. Por este motivo, corresponde determinar los derechos procesales concurrentes respecto del sujeto pasivo del procedimiento de comiso sin sentencia previa, particularmente el derecho a defensa y la presunción de inocencia, problema en el que resultará fundamental determinar la naturaleza de la institución con miras a responder las preguntas procesales aquí planteadas. Expresado en otras palabras,

⁴⁷ CÁMARA DE DIPUTADOS. *Informe de Comisión de Seguridad Ciudadana: 05 de mayo de 2021*. Chile: sesión 32, p. 47.

es necesario analizar la compatibilidad de la nueva institución del comiso sin condena previa con el debido proceso que por mandato constitucional impera en todo procedimiento.⁴⁸

1.1 Mensaje del ejecutivo boletín N°13982-25

Como se adelantó en el anterior punto, y en el marco de un contexto nacional de baja confianza en instituciones y excesiva proliferación de grupos criminales con cada vez más recursos, y durante el mandato del ex presidente de la República, don Sebastián Piñera Echeñique es enviado el mensaje N°495-368, de fecha 27 de diciembre de 2020, en sesión N°123 de la Cámara de Diputados, que *Fortalece la persecución de los delitos de delincuencia organizada, establece técnicas especiales para su investigación y robustece comiso de ganancias*, y que resaltaba esencialmente la *“transición del Derecho Penal actual, siempre que existe un cambio de paradigma en razón de nuevos fenómenos criminales, ciberdelincuencia y tales como la criminalidad organizada, no solo a nivel nacional, sino que también de manera transnacional”*⁴⁹.

Los principales objetivos del proyecto de ley, consisten en primer lugar la modernización del delito de asociación ilícita, que se encontraba en el párrafo 10 del título VI “de los crímenes y simples delitos contra el orden y la seguridad pública cometidos por particulares. El ejecutivo considera insuficiente la regulación respecto al concierto para el desarrollo criminal, siempre que la doctrina ha sido la principal encargada de dar real alcance a esta escueta figura, cuya formulación ha sido estructuralmente idéntica desde hace 145 años. En segundo lugar, la de atender a la necesidad de una regulación sistemática y orgánica de las técnicas especiales de investigación, ya que el ejecutivo alude que la actual regulación se encuentra desplegada en nuestro ordenamiento de manera asistemática y dispersa, en diversos cuerpos normativos, destacando entre ellos la Ley N°20.000, la Ley N°19.974, y la Ley N°19.913.

⁴⁸ SERRA, D. y MARCAZZOLO, X. El Comiso sin condena previa en la Ley N°21.577 que fortalece la persecución de los delitos de delincuencia organizada y su compatibilidad con el debido proceso. En: *Revista de derecho* [en línea]. Concepción: Universidad de Concepción, 2023, v.91 (n° 254), pp. 155-187. [consulta: 13 de marzo de 2014]. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.29393/rd254-6ccdx20006>

⁴⁹ CHILE. *Proyecto de Ley Original. Mensaje N° 495-368*. Chile: Biblioteca del Congreso Nacional, 2020, p.1.

A fin de remediar esta situación se propone una regulación orgánica dentro del Código Procesal Penal. Posteriormente, se identifica como objetivo extender el alcance de las técnicas especiales de investigación a todos los casos de criminalidad organizada, de manera, orientar la procedencia de estas técnicas investigativas, pero ya no en cuanto a tipos específicos regulados, si no más hacia contextos de comisión, como lo es el actuar en el marco de una organización criminal, siendo indistinto el tipo penal en que se incurre. Finalmente, se vislumbra como objetivo ampliar el ámbito de aplicación de la técnica especial de entrega vigilada, en el marco de lo previsto en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y que sea extensible no solo a materias relativas al tráfico ilícito de estupefacientes, si no que a otras esferas, ejemplificando expresamente a la Ley de Control de Armas, Pornografía Infantil o de aquellas que sanciona el tráfico de órganos, entre otras.

2. Hitos legislativos del proyecto

Como ha sido mencionado en diferentes oportunidades, poco ha sido el desarrollo doctrinario y legislativo en cuanto a comiso refiere. Es nuestro país, incluso un ejemplo de dicha situación, cuando analizamos las modificaciones legislativas del período, es posible evidenciar que la moción originaria que dió paso a la reforma, en ambos casos de estudio, no trataban ninguna materia asociada al comiso. A partir de indicaciones en los respectivos boletines, y discusiones de sala, se empezó a moldear el modelo de comiso actual que conocemos, producto de un esfuerzo legislativo a distintos niveles.

2.1 Proyecto de ley en bruto

Teniendo en cuenta el objeto de estudio del presente proyecto, es menester detenerse un instante al menos en el análisis de los orígenes de estas modificaciones, ya que aunque por anecdótico que pudiera parecer, una de las figuras con más cambios, como lo fue la sustentación del comiso, originalmente estos aires de cambio no venían en modificar esta institución. Al ingreso del proyecto a tramitación, el 28 de diciembre de 2020, la idea de

legislar no contenía una referencia siquiera a la modificación del comiso, si no que tenía un enfoque claro a reforzar las técnicas de investigación, mecanismos de autorización judicial de las mismas, entre otras.

Así con urgencia de carácter Suma, y emplazada su tramitación a la Comisión de Seguridad Ciudadana de la Cámara de Diputados, refundiendo en el acto este el boletín 13982-25, con el proyecto de ley que modifica el Código Penal en materia de regulación del delito de asociación criminal, que ingresaría como moción parlamentaria, bajo el boletín N°11950-07, ingresado con fecha 20 de julio de 2018, comienza a gestarse un esfuerzo legislativo atingente a la sustracción de bienes del patrimonio criminal.

2.2 Comiso como objeto legislativo

A través del ingreso del Oficio de indicaciones del Ejecutivo N°544-368 del 08 de marzo de 2021 que se vislumbra por primera vez una intención de legislar a propósito de la figura del comiso, al añadirse, mediante indicación ejecutiva, y dentro del párrafo relativo a la Asociaciones Delictivas y Criminales, en su artículo 294, la agregación de 3 nuevos incisos. La primera versión de esta disposición refería como consecuencia accesoria a lo tipificado en los artículos 292 y 293 del Código Penal que versó:

“...la imposición del comiso de ganancias, por el cual se priva al condenado de activos patrimoniales cuyo valor corresponda a la cuantía de las ganancias obtenidas a través del delito, o bien para o por perpetrarlo, y se los transfiere al fisco.

Las ganancias obtenidas comprenden los frutos y las utilidades que se hubieren originado, cualquiera sea su naturaleza jurídica. Las ganancias comprenden también el equivalente a los costos evitados mediante el hecho ilícito.⁵⁰

Asimismo, caerán en comiso todos los activos vinculados a la actividad en cuyo contexto se hubiere perpetrado el delito, a menos que se acredite su origen lícito.

⁵⁰ CHILE. Oficio de indicaciones del Ejecutivo N°544-368. 8.3.2021

En el mismo sentido, y ya a finales de marzo del mismo año, el Ministerio de Secretaría General de la Presidencia, presentaría ante la comisión una nueva indicación, donde el comiso es el foco de la propuesta. Ahondando, la iniciativa legisladora consiste en una sola modificación del artículo primero del proyecto originario, y que consistía en la adenda de un nuevo artículo 294 bis en el Código Penal, que refería:

“siempre que se establezca que proceden de un hecho ilícito, se transferirá al fisco todas las ganancias a que se refiere el artículo anterior; en los siguientes casos:

1. *se dictare sobreseimiento temporal conforme a las letras b) y c) del inciso primero, y el inciso segundo del artículo 252 del Código Procesal Penal;*

2. *se dictare sentencia absolutoria fundada en la falta de convicción a que se refiere el artículo 340 del Código de Procesal Penal o sobreseimiento definitivo fundado en la letra b) del artículo 250 del mismo Código;*

3. *se dictare sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria fundados en la concurrencia de circunstancias eximentes de responsabilidad **que no excluyen la ilicitud del hecho;***

4. *se dictare sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria fundados en haberse extinguido la responsabilidad penal o en haber sobrevenido un hecho que, con arreglo a la ley, pusiere fin a esa responsabilidad.*

La transferencia al fisco de las ganancias que se establecen en este artículo no reputaran pena en los términos señalados en el artículo 20.”⁵¹

El contenido de la indicación en comento, nace a propósito de la recurrente discusión parlamentaria dentro de la comisión de Seguridad Ciudadana de la Cámara, donde un punto que fue mencionado en múltiples intervenciones, fue la necesidad de enfocar los esfuerzos legislativos en el motor de funcionamiento de las organizaciones delictivas, que son los réditos obtenidos por su actividad ilícita.

⁵¹ CHILE. *Íbid.*

En época de discusión y votación de las distintas indicaciones, y a propósito del debate del nuevo artículo 294 bis, el Subsecretario de Justicia, señor Sebastián Valenzuela, se refiere, y en contexto de los presupuestos de comisos sin condena *“a los distintos casos, que ya están regulados en nuestra legislación, donde se puede dar por establecido el hecho ilícito, pero no haya sentencia condenatoria, como casos de enajenación mental sobreviviente donde el imputado es sorprendido en participación de una asociación ilícita, pero durante la investigación hay una enajenación mental que impide juzgar a esa persona y con ello una imposibilidad absoluta de poder establecer la responsabilidad penal.”*⁵²

2.3 Nueva Ley N°21.577

Remitida al poder ejecutivo con fecha 29 de mayo del 2023, una vez emitido el fallo del Tribunal Constitucional respecto al control del proyecto, el 5 de junio del mismo año, sería publicada en el diario oficial la Ley N°21.577, que Fortalece la Persecución de los Delitos de Delincuencia Organizada, Establece Técnicas Especiales para su Investigación y Robustece comiso de Ganancias.

El fortalecimiento de la institución del comiso se vuelve innegable, siempre que en primer término, haciendo una alteración rotunda del artículo 31 del Código Penal, cuyo escasa redacción y escueto contenido, sólo indicaba la pérdida de dominio del infractor respecto de los efectos e instrumentos del delito, sin hacer una mayor profundización en el alcance de estos elementos, lo cual es categóricamente suplido por la nueva redacción del artículo 31, que aunado a los artículos 31 bis y ter, el legislador refina lo que se debe entender engloba esta institución reformada.

3. La reforma al Comiso y la Asociación delictiva

La entrada en vigencia de la Ley N°21.577 modificó diversas disposiciones, tanto del Código Penal, como del Código Procesal Penal, y a su vez, modificó estas normas de manera general, aplicándose el contenido de las disposiciones como consecuencia común a crímenes, simples delitos y faltas, y también de manera especial, incumbiendo a una determinada figura, tratada en la modificación al antiguo 293 del Código Penal, relativa a la asociación ilícita.

⁵² CÁMARA DE DIPUTADOS. *Op. cit.*, p.84.

La tipificación del hecho de asociarse para la comisión de delitos o crímenes, aunado al endurecimiento del mecanismo sancionador patrimonial, responde a la necesidad de desarticulación para la no repetición dado que, y leyendo a Grisolia, este acude a la permanencia al referir “*el delito consiste, en tomar parto o formar una asociación aunque se requiera de cierta permanencia como concepto que dependerá de la naturaleza de los planes*”⁵³. Con la modificación, el legislador busca atender de mejor manera la gran sistematicidad en el despliegue de una actividad por parte de una pluralidad de individuos que ha tener como base un concierto permanente y continuo con el propósito de ejecutar delitos contra determinados bienes jurídicos, en particular, el orden social, las personas y la propiedad.⁵⁴

A su vez, la modificación en comento viene en implementar un procedimiento de carácter especial, localizado en el título III bis del Código Procesal Penal, y en sus artículos 415 bis y a 415 nonies, para llevar a cabo el procedimiento de comiso sin condena previa, en las hipótesis que la ley comprende para su respecto.

En el mismo orden de ideas, en lo que compete al procedimiento, la reformulación del artículo 348 y 348 bis del Código Procesal Penal, el legislador detalla el procedimiento para el desarrollo del comiso de ganancias.

3.1 Modificaciones a la parte general del Código Penal en materia de comiso

A pesar de que la modificación normativa relativa al comiso cobra especial relevancia en lo tocante a las materias procedimentales, ya que es en su ejecución donde se manifiestan los cambios, el *quid* reside principalmente en las alteraciones que sufre la institución en su núcleo, mutando así la naturaleza del mismo.

Tal es el caso por ejemplo de la reformulación del artículo 20 del Código Penal, donde en su nuevo inciso segundo, alude que *tampoco se reputa pena el comiso de las ganancias provenientes del delito, ni cualquier forma de comiso sin condena prevista por la ley*. Como

⁵³ GRISOLÍA, F. El delito de asociación ilícita. En: *Revista chilena del derecho* [en línea]. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2004, v.31(nº 1), pp. 75-88. [consulta: 24 de mayo de 2024], p. 80. Disponible en: <https://ojs.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/73317>

⁵⁴ CARNEVALI, R. y FUENTES, H. Informe jurídico sobre la eventual aplicación del delito de asociación ilícita establecido en el artículo 16 de la Ley Nº20.000. En: *Política Criminal* [en línea]. Chile: 2008, v.6 (nº1), pp. 1-10. [consulta: 5 de junio de 2024]. Disponible en: <https://biblio.dpp.cl/datafiles/2743-2.pdf>

fue advertido en el capítulo anterior, la naturaleza jurídica del comiso no ha sido una materia carente de disonancias doctrinales, ya que existen nutridos argumentos para hacer propias ideas sobre la determinación como pena, o de la principalidad o accesoriedad de la misma.

La nueva formulación legislativa supera esta discusión, al menos en las hipótesis de ganancias provenientes de un ilícito, redacción de absoluta estrategia legislativa para salvaguardar futuros reproches constitucionales a la indicación.

Tal como es posible advertir, la doctrina ha tenido opiniones contrapuestas respecto a la penalidad de la imposición del comiso, advirtiendo así Castellví que el decomiso de instrumentos o efectos que sean ilegales en sí mismos nunca constituirá una sanción, pues dicha privación carece del contenido aflictivo propio de las sanciones.

En cambio, el contenido del decomiso de instrumentos o efectos ilícitos debe ser considerado un mal y, por tanto, su naturaleza sancionadora dependerá de si su finalidad es o no aflictiva.⁵⁵

En este orden de ideas, la modificación de la institución del comiso importa a continuación, una completa reformulación del artículo 31 del Código Penal, cuyo anterior contenido se limitaba únicamente a referir como consecuencia a toda pena impuesta por un crimen o simple delito, la pérdida de los efectos que de él provengan, y de los instrumentos con que se ejecutó, con una breve referencia al elemento tercerista, donde son excluidos de esta sanción los dueños de dichas cosas, siempre que fueran terceros no responsables del hecho punible.

El nuevo texto del artículo 31 del Código Penal, refiere con mayor pormenorización la procedencia del comiso de toda cosa que ha sido empleada en la perpetración de un delito y sea especialmente apta para ser empleada delictivamente.

De igual manera, y a continuación, el legislador mandata como destino de aquellas cosas especialmente aptas para ser utilizadas delictivamente (y que en general se refiere a tales cosas cuya tenencia o porte se encuentra prohibida por ley), sin perjuicio de la existencia de una sentencia condenatoria en contra del imputado, en las formas que la ley señala.

⁵⁵ CASTELLVÍ, C. *Op. Cit.*

De forma similar, mismo destino experimenta este tipo de cosas, pero desde el entendimiento que la cosa pertenezca a terceros de buena fe, incluso con un justo título para poseer la cosa, a menos que no pueda ser probado que el dueño haya tenido responsabilidad en el uso de la cosa por parte del hechor. Finalmente, y en la hipótesis que el tercero de buena fe, y dueño de la cosa, no tenga responsabilidad por el hecho, podrá solicitar indemnización al hechor.

De los elementos más destacables en las modificaciones revisadas, es la superación de la discusión dogmática de los elementos en que recae la sanción, como lo son los efectos e instrumentos del crimen o simple delito, materia que no estuvo libre de discusión tanto en el plano nacional e internacional. De igual manera, al analizar el derecho comparado relativo a la materia, es posible apreciar que dicha discusión en otros ordenamientos fue superada de igual manera, con una especificación legislativa en cuanto a los alcances de la institución.

A continuación, la Ley N°21.577 incorpora los nuevos artículos 31 bis y 31 ter del Código Penal, el primero enfocándose expresamente en el comiso de cosas que no sean especialmente aptas para ser utilizadas delictivamente (cabe recordar que en el artículo 31 del Código Penal, el legislador hace mención expresa a que elementos se entienden aptos para un cometido ilícito), pero que haya sido utilizado como instrumento para su perpetración, solo podrá caer en comiso a propósito de la sentencia condenatoria, siendo probado en autos, su utilización delictiva, para luego excluir de esta sanción a aquellos terceros de buena fe, y facultando al tribunal prescindir de la imposición del comiso cuando esta privación de propiedad ocasione un perjuicio desproporcionado al afectado.

A continuación, el artículo 31 ter del Código Penal refiere el destino de aquellas cosas obtenidas o producidas a través de la perpetración del ilícito, en este caso, haciendo expresa alusión nuevamente a la innecesariedad de sentencia condenatoria para la imposición del comiso, y al igual que su predecesor, excluyendo a terceros de buena fe.

Posteriormente, y tal como fue adelantado, el legislador se hará cargo en la presente modificación al Código Penal la destinación de las ganancias provenientes del delito, como consecuencia de una sentencia condenatoria en materia criminal en el nuevo artículo 24 bis, refiriendo que este comiso consistirá en la privación 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, a beneficio fiscal.

Luego, el artículo en comento alude específicamente a aquellas cosas que se entenderán como ganancia, refiriendo a los frutos y las utilidades que se hubieren originado independiente cual sea su naturaleza jurídica, y a su vez, se entenderá como ganancia el equivalente a los costos evitados mediante el hecho ilícito. En los casos comentados, el legislador descarta la contabilización de los gastos incurridos por el infractor para la ejecución del ilícito.

Finalmente, en el análisis de las normas modificadas en la parte general del Código Penal, la reforma determina la procedencia del comiso de ganancias respecto de quienes no hayan intervenido en la perpetración del hecho, en el nuevo artículo 24 ter, en las siguientes circunstancias:

1ª. Si adquirió la ganancia como heredero o asignatario testamentario, 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.

2ª. Si obtuvo la ganancia mediante el hecho ilícito y los intervinientes en la perpetración del hecho actuaron en su interés.

3ª. Si adquirió la ganancia sabiendo o debiendo saber su procedencia ilícita al momento de la adquisición.

4ª. Si se trata de una persona jurídica, que ha recibido la ganancia como aporte a su patrimonio.

3.2 La regulación del comiso en el contexto de las asociaciones delictivas y criminales

Como fue adelantado en un acápite anterior del presente estudio, la intención del legislativo primigenio en esta reforma, buscaba modernizar la figura de la asociación ilícita, mediante la incorporación de un nuevo artículo 292 y 293, dejando en el pasado la asociación ilícita, para individualizar ahora la asociación delictiva (organización formada por tres o más

personas, con acción sostenida en el tiempo, que tenga entre sus fines la perpetración de simples delitos) y la asociación criminal (toda organización formada por tres o más personas, con acción sostenida en el tiempo, que tenga entre sus fines la perpetración de hechos constitutivos de crímenes).

Para los fines de este estudio, en este apartado se encuentra una de las normas que mayor consideración reviste en la discusión nacional, a saber, la instauración del comiso de ganancias sin la necesidad de una sentencia condenatoria firme que condene al imputado dentro del proceso penal, lo cual viene en ser regulado, a partir del inciso 3° del artículo 294 del Código Penal. De esta manera, el legislador hace una expresa referencia al artículo 24 bis, en lo tocante al comiso de ganancias de una actividad realizada en el contexto de una asociación delictiva o criminal, abarcando en la norma tanto ganancias, como los activos vinculados a la actividad del grupo delictivo, diferenciando aquellos que sea acreditado su origen lícito.

A continuación, la ley N°21.577 en la creación de un nuevo artículo 294 bis, impone el comiso de ganancias obtenidos por este tipo de organizaciones, pero con una vanguardista precisión:

Procedencia del comiso aun con sobreseimiento temporal conforme a las letras b) y c) del inciso primero, y el inciso segundo del artículo 252 del Código Procesal Penal.

Esta hipótesis prevista por el legislador establece que el comiso de ganancias obtenidas por una organización delictiva o criminal se decretará aún cuando uno o más de los investigados no concurrieran al procedimiento y sean declarado rebeldes; Aún cuando el imputado, y posterior a la comisión del ilícito, el imputado cayere en enajenación mental; y aún cuando el acusado no compareciere a la audiencia de juicio oral y fuere declarado rebelde en los mismos términos.

Procedencia de comiso de ganancias aún con sentencia absolutoria o sobreseimiento en los casos que indica.

A continuación, la reforma dispone la procedencia del comiso de ganancias en los casos donde el tribunal no logre una convicción más allá de toda duda razonable, en cuanto a la existencia del delito, y participación culpable de los acusados o investigados, en la forma

que describe el artículo 340 del Código Procesal Penal. En el mismo orden de ideas, el legislador indica la procedencia del comiso de ganancias obtenidas por una organización delictiva o criminal cuando se dictare respecto de uno o más de los imputados sobreseimiento definitivo en los términos del artículo 250 letra b) del Código Procesal Penal, a saber, cuando apareciere claramente establecida la inocencia de dicho imputado.

Procedencia de comiso de ganancias aún con sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria a la concurrencia de eximentes de responsabilidad.

Esta hipótesis sancionada en el artículo 294 bis N°3, se refiere a los casos en que sea decretado respecto al o los imputados sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, siempre que se funde en circunstancias eximentes de responsabilidad. La remisión que hace el legislador tiene estrecha relación con el artículo 250 letra c) del Código Procesal Penal, y la razón de sentencia absolutoria cuando concurren eximentes de responsabilidad penal por lo previsto en el artículo 10 del Código Penal, pero que no represente una exclusión de ilicitud del hecho investigado.

Procedencia de comiso de ganancias aún se dictare sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria en cuanto a la extinción de responsabilidad del/los autor/es.

Similar a la hipótesis anterior, se previene mediante la reforma la procedencia de la figura del comiso existiendo sobreseimiento definitivo en lo referente al artículo 250 letra d) del Código Procesal Penal, esto es, en el haberse extinguido la responsabilidad penal, o en haber sobrevenido un hecho que, con arreglo a la ley, pone fin a esa responsabilidad.

Finalmente, el artículo aludido refiere la procedencia del comiso de ganancias sin necesidad de una sentencia condenatoria previa respecto de terceros que no tuvieron participación en el hecho ilícito, remitiéndose el legislador a las circunstancias que se señalan en el artículo 24 ter. del Código Penal, a saber:

- 1) Ganancia obtenida como heredero o asignación testamentaria, a cualquier título gratuito o sin título válido
- 2) Ganancia obtenida a interés del tercero beneficiario que no tuvo participación en el hecho delictivo

- 3) Ganancia obtenida mediante adquisición a sabiendas de su procedencia ilícita, al tiempo de dicha adquisición,
- 4) Ganancia obtenida por una persona jurídica, que ha obtenido la ganancia como aporte a su patrimonio.

De una lectura orgánica de las disposiciones añadidas en este acápite de la reforma, es tanto tácita como evidente la relación existente entre todas las hipótesis, donde el legislador le resta mayor importancia a la situación procesal del individuo ante el ilícito, atribuyendo la procedencia del comiso casi únicamente a la existencia de un hecho delictivo tocante al patrimonio ajeno.

Las doctoras Serra y Marcazzolo advierten la existencia de tres regímenes distintos de comiso con la nueva modificación, uno de aplicación general contenido en los artículos 24 bis y ter, vinculado con el comiso de ganancias; otro que reemplaza al antiguo comiso, regulado en los artículos 31, 31 bis y 31 ter, que abarca el comiso de los instrumentos especialmente aptos para ser utilizados delictivamente, los instrumentos no aptos para serlo y los efectos del delito; y finalmente, el comiso aplicable a los casos de asociación delictiva y asociación criminal de los artículos 294, 294 bis y 294 ter, existiendo algunas reglas reiteradas que nos obligan a sistematizar el articulado mencionado.⁵⁶

4. Modificaciones al Código Procesal Penal en materia de comiso

Como fue referido anteriormente, la reforma del comiso mediante la implementación de la Ley N° 21.577 vino en cambiar no solamente aquellos aspectos sustantivos referentes al comiso, sino que el legislador regula esta institución aún más procesalmente, tanto en la solicitud como medida cautelar, en materia de acusación, en sentencia condenatoria y respecto al quizás punto más rupturista, el comiso sin condena previa.

⁵⁶ SERRA, D. y MARCAZZOLO, X. *Op. Cit.*

4.1 Comiso como medida cautelar

A este respecto, las medidas cautelares reales son medidas restrictivas o privativas de la disposición patrimonial del imputado, decretado por un tribunal con competencia penal y a solicitud de parte siempre que concurren fundamentos que justifiquen su aplicación.

El Código Procesal Penal, en el Libro I, Título VI, bajo la denominación de Medidas Cautelares Reales, se remite a las medidas precautorias reguladas en el Código de Procedimiento Civil. Al respecto, el artículo 157 CPP dispone que durante la etapa de investigación, el Ministerio Público o la víctima podrán solicitar por escrito al Juez de Garantía que decrete respecto del imputado, una o más de las medidas precautorias autorizadas en el título V del libro II del CPC.

Estas medidas, comprendidas en el artículo 290 del Código Procesal Penal son (I) El secuestro de la cosa que es objeto de la demanda (II) El nombramiento de uno o más interventores (III) La retención de bienes determinados y (IV) La prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes determinados

El nuevo inciso tercero del artículo 157 del Código Procesal Penal previene que *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.*

En síntesis, de acuerdo a esta modificación legislativa, el Ministerio Público podrá solicitar fundadamente al juez de garantía para la autorización para decretar las medidas cautelares reales específicas de retención de dineros o especies muebles que se encuentren en poder del imputado o de terceros, o en cuentas de banco, o en fondos generales administrados por terceros, mediante las formas cautelares que se estimen necesarias para asegurar sus fines.

Estas medidas cautelares solicitadas para asegurar bienes sobre los cuales hacer efectivo el comiso de ganancias, además, pueden ser impetradas incluso sin audiencia del afectado, según

refiere el nuevo artículo 157 bis del Código de Procedimiento Penal. De proceder bajo esta modalidad, el juez de garantía deberá fijar un plazo no inferior a treinta días ni superior a ciento veinte días para que el Ministerio Público formalice la investigación, o en su defecto, solicite su mantención con ocasión de la formalización.

4.2 Comiso como elemento de la acusación fiscal

Una vez concluida la etapa investigativa en la época de garantía, dentro de las actitudes que el Ministerio Público puede adoptar dentro de esta fase es la de formular acusación formal en contra de los imputados.

Con la reforma introducida mediante la Ley N° 21.577 se modifica el artículo 259 del Código Procesal Penal, y consigo, el contenido de la acusación, ampliando sus elementos, específicamente al referir que si el fiscal solicita la aplicación del comiso de ganancias, o de proceder, el comiso por valor equivalente de efectos o instrumentos del delito, éste necesariamente deberá indicar el monto aproximado al cual ascienden estas ganancias o equivalencia, expresando clara y precisamente en cual fundamentos descansa su pretensión, y el señalamiento de aquellos medios de prueba de los que se valdrá.

Posteriormente, se indica al alero de esta adenda al Código Procesal Penal la posibilidad de que el fiscal en la acusación podrá solicitar el comiso de ganancias respecto de terceros en los casos que la ley previene, a pesar de hacerse cargo el legislador de referir que no obsta lo anterior que aún cuando la acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización, pueda ampliarse el objeto de la pretensión fiscal, siempre que corresponda el origen de estos bienes del hecho punitivo de autos respectivo.

Debemos recordar que las formas que la ley prescribe actualmente sobre el comiso de ganancias respecto a terceros mediante la introducción de la Ley N°21.577 son las del artículo 24 ter y que posteriormente es replicado en el artículo 294 bis, a propósito de aquellos terceros, y que una vez finalizada la investigación y el Ministerio Público haya arribado a la convicción de que la ventaja obtenida por este tercero está directamente ligada a la resulta de un hecho ilícito, ya como heredero, o por haber actuado los autores en su interés, porque

adquirió este fruto a sabiendas o al menos debiendo saber su procedencia ilícita a la época de su adquisición, o fue incorporada como aporte en el patrimonio de una persona jurídica.

En un sentido paralelo se encontrarían en igual situación procesal el tercero absoluto a que hace mención el artículo 31 del Código Penal, teniendo el comiso por objeto aquellos instrumentos especialmente aptos para cometer delitos, aún contra un tercero de buena fe con justo título posesorio de la cosa, siendo la excepción a esta regla que se acredite el dueño no tuvo responsabilidad en el uso de la cosa por parte del hechor.

4.3 Comiso en la sentencia definitiva

La sentencia condenatoria en el proceso penal, como herramienta jurisdiccional de cierre, debe contener al detalle todas aquellas sanciones por las cuales el condenado deberá responder, a consecuencia de su actuar delictual, y en el entendido que el comiso no se reputa pena, pero sigue siendo una consecuencia jurídica inmediata a su responsabilidad penal, es que la reforma modifica el artículo 348 del Código Procesal Penal, conminando al sentenciador a referirse al comiso de las especies de la causa.

En sí, esta adenda importa un desenlace lógico a la modificación anteriormente estudiada, toda vez que el tribunal de la instancia deberá hacerse cargo de las alegaciones vertidas a su conocimiento, y el de ganancias o de valor equivalente se incorpora a la acusación, de proceder. En la especie, el nuevo inciso tercero del artículo 348 del Código Procesal Penal refiere que, en el contenido de la sentencia condenatoria, se dispondrá también el comiso de los instrumentos o efectos del delito, o su restitución de proceder. De la misma manera, en el caso del comiso de ganancias del delito o del valor equivalente de efectos o instrumentos del delitos, deberá ser incorporado en la sentencia condenatoria, sólo en las hipótesis en que el monto correspondiente no ascienda a 400 unidades tributarias mensuales y que sea impetrado en contra de los sentenciados.

En el mismo sentido, el nuevo artículo 348 bis se refiere al comiso de ganancias y comiso por valor equivalente, cuando este corresponda a un monto superior a 400 unidades tributarias mensuales, o si la aplicación del comiso afecta a terceros, el legislador viene en llamar a las partes a la celebración de una audiencia especial para la discusión de la misma.

En el caso de que el comiso sea declarado solo respecto a personas individualizadas en la condena como responsables, la audiencia tendrá lugar dentro de décimo día desde que la sentencia queda ejecutoriada, y en el caso que el comiso afecte a terceros, no podrá tener lugar antes de treinta ni después de sesenta días desde la ejecutoriedad de la sentencia, debiendo mediar la notificación de la resolución a los afectados.

Para la celebración de la audiencia, se hace alusión al procedimiento especial regulado en los artículos 415 quinquies, 415 sexies y 415 septies del Código Procesal Penal, donde concluido, el órgano jurisdiccional se manifestará respecto a la imposición del comiso o el rechazo de la solicitud fiscal, debiendo para el primero de los casos expresar con claridad el monto por el cual procederá, y en la identificación de bienes asegurados como refiere el artículo 157 del Código Procesal Penal en cuanto a las medidas cautelares reales.

4.4 Reglas relativas al procedimiento de comiso sin condena

El comiso sin sentencia condenatoria previa es una figura innovadora en nuestro ordenamiento jurídico penal, por lo que resultó menester para el legislador concebir un procedimiento especial para la imposición del mismo a la época de su instauración. Es así, como en el título III bis del Libro IV, relativo a procedimientos especiales y ejecución, del Código Procesal Penal se enuncian las reglas para la disposición del comiso de bienes o activos obtenidos a través de la comisión de un hecho delictivo, o aquellos utilizados en su perpetración, sin quedar sujeta la procedencia de la figura a una sentencia condenatoria previa.

Según lo estudiado a lo largo del presente, existen determinadas hipótesis en las cuales procederá el comiso sin necesidad de sentencia condenatoria, tal es el caso de las situaciones abarcadas por el artículo 294 bis del Código Penal relativo al comiso de ganancias en el contexto de las organizaciones delictivas o criminales, donde a pesar de que el tribunal diera por concluido un proceso penal a raíz de un sobreseimiento temporal o definitivo, o mediante la dictación de una sentencia absolutoria, se tendrá a bien la imposición del comiso de dichas ganancias.

En la misma situación, según es posible colegir, se encuentran los terceros que han obtenido ganancias mediante la ejecución de un ilícito, en virtud de lo que expone el 24 ter del

Código Penal. Se le otorga competencia natural para conocer del procedimiento en comento al tribunal que hubiere dictado la resolución que ponga término a la investigación o juicio respectivo.

En los términos del artículo 415 ter, es el Ministerio Público o el querellante quienes deberán recurrir al tribunal mediante la presentación de un requerimiento escrito, con el fin de que se cite a una audiencia especial para hacer efectivo el comiso de aquellos bienes que hubieren sido incautados o fueran objeto de alguna cautelar real en virtud del artículo 157, en un plazo no superior a diez días desde la ejecutoriedad de la resolución que ponga fin a la investigación o al proceso.

En caso de que el fiscal no formule requerimiento en el plazo estipulado, se abrirá un plazo especial de cinco días para que este comunique fundadamente su decisión de no requerir el comiso, y se dará cuenta inmediatamente al Fiscal Regional, y que, de no perseverar en el requerimiento aludido, serán levantadas la cautelares reales y dejará sin efecto las incautaciones vigentes.

Modificaciones de la Ley 21.575

Si bien, el grueso de la reforma en cuanto a comiso refiere lo aporta la Ley N°21.577, es necesario destacar otra reforma del período, que también realiza modificaciones sustantivas al comiso, lo cual se ve materializado en la dictación de la Ley N°21.575.

Originalmente, este proyecto ingresó mediante moción parlamentaria, de la Cámara de Diputados, y que buscó modificar la Ley N°20.000 en cuanto se tipifica un nuevo delito, consistente en la administración de drogas a una persona sin su consentimiento o conocimiento.

Esta figura penal existe en distintas legislaciones, lo que generó este impulso normativo. El primer ejemplo es Francia, donde en su Código Penal, en su artículo 222-15 sanciona a quien administra una persona, de forma voluntaria, una sustancia que pueda causar daño a su integridad física o psicológica, sin su conocimiento o consentimiento, será castigado con penas de prisión y multas estipuladas en el artículo 222-14 (obligación de ejecución de

actos contra la voluntad de terceros)⁵⁷. Por su parte, y siguiendo una línea similar se encuentra el artículo 368 del Código Penal Español ⁵⁸ y otros ordenamientos internacionales.⁵⁹

El proyecto de Ley, a lo largo de las instancias constitucionales para su tramitación, sufrió numerosas modificaciones, siempre que el legislador entendió que la envergadura del problema inicial reunía muchos más aspectos en torno al narcotráfico con una única solución: la desarticulación de las organizaciones⁶⁰.

Buscando la desarticulación de organizaciones, la modificación posteriormente incluye una reforma al artículo 8º de la Ley N°20.000, en cuanto la despenalización del cultivo de especies vegetales del tipo cannabis para la atención de un tratamiento médico. La despenalización respecto al cultivo de cannabis de carácter medicinal ha tenido indudablemente un efecto positivo en la reducción de las actividades criminales de redes delictivas en Europa, principalmente al desplazar el mercado ilícito hacia un mercado regulado y seguro.⁶¹

⁵⁷ FRANCIA. *Code pénal*, article 222-15. [consulta: 10 de septiembre de 2024]. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr>

⁵⁸ ESPAÑA. *Código Penal*, artículo 368. *Boletín Oficial del Estado* [en línea]. [consulta: 10 de septiembre de 2024]. Disponible en: <https://www.boe.es>

⁵⁹ De las legislaciones consultadas, resulta llamativo que, el tipo penal en general requiere para su configuración que el suministro de sustancias sin el consentimiento o conocimiento de la víctima genere o sea capaz de generar un daño grave a la salud física o mental de la persona. Así, dentro de ellas destaca la hipótesis que emplea el ordenamiento jurídico penal de Reino Unido (Sexual Offences Act 2003, Sección 61. Disponible en el sitio oficial de la legislación británica (<https://www.legislation.gov.uk>). Consultado en noviembre de 2024.) donde el ilícito en comento requiere para su configuración que el suministro de sustancias se haga con la finalidad de incapacitarse para así, facilitar un delito de carácter sexual; lo anterior resulta en una de las prognosis de pena para el infractor más severas de las legislaciones consultadas.

⁶⁰ Según las estadísticas proporcionadas por la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de la Fiscalía, el número de condenados por delito de microtráfico estuvo en constante aumento, hasta el año 2012, fecha en que comienza un nuevo criterio jurisprudencial de la Corte Suprema. En efecto, si al año 2006 se condenó a 1.591 personas por delito de microtráfico, el año 2012 ya eran 11.247 (cifra máxima alcanzada desde la vigencia de la ley); no obstante, luego de la jurisprudencia de la Corte Suprema que se analizará, este número ha ido en descenso progresivo (9.201 condenados el 2013, 9.051 condenados el 2014, 5.189 condenados el 2015, 5.473 condenados el 2016, y 5.334 condenados el 2017, alertando sobre una posible afectación a la eficacia de la norma.

⁶¹ La prevalencia de consumo de marihuana en población general muestra una notoria tendencia al alza, aunque exhibe un quiebre en la última medición del año 2018, bajando de 14,5% en 2016 a 12,7% en 2018. La prioridad de SENDA para la próxima década consiste en mantener esta reducción, e ir más allá, hacia un cambio de tendencia que se consolide con una reducción relativa del 10% en la prevalencia anual de consumo. Esto implicará reducir 1,3 puntos porcentuales el dato actual, de 12,7% a 11,4%. (Estrategia Nacional de Drogas 2021-2023. SENDA Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Plan Nacional Elige Vivir Sin Drogas 2021).

A su vez, distintos reportes de la ONU refieren que despenalizar el cultivo de cannabis, sobre todo en regiones donde es marcada la influencia de cárteles en dicha zona ayuda a promover la transición a un consumo en un contexto legal.⁶²

En cuanto a comiso refiere, esta ley introduce importantes modificaciones, esencialmente implementando medidas para garantizar el mejor resultado en la investigación, facultando al Ministerio Público la destinación provisional de todos aquellos bienes muebles e inmuebles, objetos de cualquier clase, instrumentos y efectos incautados en contexto de la Ley N°20.000 a una institución del Estado, incluyendo el legislador como objeto de destinación a unidades policiales que participen en la investigación y desarticulación de organizaciones criminales dedicadas a la comisión de delitos de dicha ley.

A su vez, ya sea a solicitud del Ministerio Público o del Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol, con autorización del Juez de Garantía podrá disponer la enajenación temprana de bienes incautados, siempre que se trate de vehículos motorizados o bienes de los cuales existan antecedentes fundados de que siguen siendo utilizados en actividades ilícitas. En caso de que dichos bienes pertenezcan a un tercero, éste será citado y oído, y con su ausencia, se llevará a cabo la enajenación temprana.

Otra novedad en cuanto a destinación de recursos, es en cuanto a que parte de aquellos recursos podrán ser destinados al uso de aquellas unidades del Ministerio Público que cumplan funciones de análisis, investigación o persecución del crimen organizado, como así también a las unidades de policías que fueren instrumentos para las conductas descritas..

A manera de comparación, en países como Estados Unidos, los bienes incautados a las organizaciones criminales se emplean principalmente en financiar programas enfocados en la prevención y rehabilitación de drogas, además de reforzar los recursos a las fuerzas policiales, ha permitido que los bienes confiscados sean reinvertidos en seguridad pública y en programas de prevención de consumo.⁶³ De manera similar, legislaciones como la Colombiana, con alta presencia de carteles dedicados al tráfico ilícito de estupefacientes, los recursos de bienes

⁶²RAMÍREZ, P. *Drug Trafficking and Legalization: A Global Perspective*. New York: United Nations Publishing, 2018.

⁶³ JOHNSON, P. *The Comprehensive Crime Control Act of 1984 and Its Impact on Asset Forfeiture Programs*. Washington D.C.: Department of Justice, 2019.

decomisados a grupos dedicados al narcotráfico se destinan en parte a programas gubernamentales de salud, y educación y a su vez, fortalecer aquellas instituciones encargadas de combatir el crimen organizado, mediante la implementación de la Ley de Extinción de dominio N°1708 de 2014.⁶⁴

CAPÍTULO III

1. Cuestiones a la nueva figura del comiso

Como fue adelantado en anteriores capítulos, la reforma en análisis crea distintas formas nuevas de comiso, atendiendo a factores como las cosas sobre las cuales recae, la necesidad o no de sentencia definitiva para su procedencia, el sujeto pasivo de la consecuencia de comiso entre otras. Es por lo anterior, que se vuelve fundamental analizar la armonía con las normas de derecho interno e internacional de manera diferenciada toda vez que resultan distintas hipótesis según sea la forma de comiso referido.

1.1 Naturaleza punitiva del comiso de ganancias y comiso sin condena previa

De la simple lectura del nuevo artículo 20 del Código Penal, el legislador induce que las formas de comiso respecto a las ganancias obtenidas por un ilícito, y el comiso de aquellas cosas sin sentencia definitiva condenatoria, no serán reputadas penas, lo cual invoca evidentes implicancias prácticas.

Para gran parte de la doctrina nacional, la determinación de una *medida* como punitiva no depende exclusivamente de la calificación legal, sino de su naturaleza y efectos en los derechos del condenado, lo cual incluye medidas no expresamente denominadas penas.⁶⁵ Es por esto, e incluso aunque la ley no califique una medida como pena, si esta tiene efectos

⁶⁴ GARCÍA, A. *La Extinción de Dominio en Colombia y su Contribución a Programas Sociales*. Bogotá: Editorial Jurídica, 2021.

⁶⁵ MATURANA MIQUEL, C. (2005). El Derecho Penal y el Principio de Legalidad en el Ordenamiento Jurídico Chileno. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología* [en línea]. 2005, v. 17 (n°2), pp. 45-67. [consulta: 24 de agosto de 2024].

restrictivos sobre los derechos fundamentales del individuo, debe considerarse como tal dentro del marco del derecho penal⁶⁶, lo que podría darse en la especie, siempre que existe una sustracción de bienes de la esfera posesoria del afectado por la medida, haciendo desafortunada la referencia hecha por el legislador penal en este punto.

1.2 Calidad procesal del sujeto contra quien se dirige el procedimiento de comiso sin condena previa

La vinculación que pueda tener un individuo frente al mecanismo judicial punitivo, en cuanto a su calidad procesal cobra especial relevancia a raíz de que esta establece el marco de garantías y derechos específicos, como la presunción de inocencia y el derecho a defensa dentro del proceso⁶⁷.

El legislador se refiere de manera distinta a la calidad procesal del individuo a lo largo del procedimiento de comiso sin condena:

- 1) En primer lugar, el legislador en su artículo 415 sexies, refiere que *en caso de que alguna de las partes lo solicite, el tribunal podrá disponer la realización de una audiencia de preparación*, otorgándole la nomenclatura al requerido de “parte”, lo cual podría atribuirle una naturaleza de carácter mayormente civil a este procedimiento, y que viene en variar una cuestión ineludible, que es el estándar de convicción necesario para que el juez penal dirima un asunto sometido a su conocimiento.

Mientras que en el derecho penal el comiso tiene una finalidad principalmente punitiva y preventiva, en el derecho civil busca reparar el daño causado y restituir los bienes al estado anterior al acto ilícito. La diferencia en la finalidad conlleva diferentes estándares probatorios y procedimientos⁶⁸.

A su respecto, la categorización del proceso en el ámbito penal implica que la carga de la prueba recae sobre el Estado, que debe demostrar más allá de toda duda razonable la procedencia del comiso. En el ámbito civil, la carga de la prueba puede ser más flexible y el

⁶⁶ ESPINOZA, A. (2013). El Concepto de Pena y sus Implicancias en el Derecho Penal Chileno. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* [en línea]. 2013, v.25 (nº1), pp. 89-112. [consulta: 24 de agosto de 2024].

⁶⁷ CURY, E. *Op. cit.*

⁶⁸ AMBOS, K. *Op. cit.*

estándar probatorio generalmente es el de la preponderancia de la evidencia.⁶⁹ Se trata de un estándar más bajo que el de duda razonable, pero que ha sido precedido de una resolución judicial que ha descartado la responsabilidad penal de un imputado, más no la ilicitud del hecho o injusto.

- 2) Seguidamente, otra nomenclatura utilizada por el legislador reformista en el artículo 415 quáter letra A), utiliza la fórmula “afectados” y en el mismo artículo, se refiere al requerido como “interviniente”. En el caso de la nomenclatura afectado, es menester remitirnos al artículo 186 del Código Procesal Penal, que se refiere al control judicial anterior a la formalización, haciéndolo similar al concepto de imputado. De igual manera, al referirse al requerido en el procedimiento de comiso sin condena como interviniente, es mediante la interpretación lógica que solo puede referirse al imputado, descartando en el artículo 12 del Código Procesal Penal al fiscal, defensor, víctima y querellante.

1.3 Implicancias de la homologación del requerido como imputado

Del examen del anterior acápite, pareciera relucir que la figura del requerido en el procedimiento especial de comiso sin condena atendería a una identificación del sujeto pasivo como imputado, y que implica la necesidad de concurrencia distintas prerrogativas basales para la compatibilidad del procedimiento aludido con las reglas nacionales y de derecho internacional relativas al debido proceso.

Las doctoras Serra Cruz y Marcazzolo Cruz⁷⁰ identifican acertadamente estas prerrogativas necesarias para la compatibilidad con el debido proceso, en cuanto a la necesidad de garantizar respecto del requerido el derecho a defensa, y en segundo lugar, la vigencia de la presunción de inocencia del sujeto pasivo a lo largo del proceso.

En primero lugar, es de común conocimiento que la defensa es un derecho inalienable de todo imputado, y debe ser ejercido de manera efectiva desde el primer momento del procedimiento penal⁷¹ y que implica no sólo la asistencia de un abogado, sino también el

⁶⁹ ESPINOZA, A. *Op. cit.*

⁷⁰ SERRA, D. y MARCAZZOLO, X. *Op. Cit.*

⁷¹ CURY, E. *Op. cit.*

acceso a todos los medios de prueba y a la información necesaria para construir una defensa adecuada⁷², siendo en el caso en comento, los fundamentos invocados por el Ministerio Público para la procedencia del comiso sin condena previa, y que esta defensa sea respetada, prohibiendo cualquier forma de restricción o limitación que pudiera vulnerar esta garantía esencial⁷³. Es tal vez por esta razón, que el legislador en el artículo 415 quinquies del Código Procesal Penal reconoce este hecho, aludiendo a la defensa del requerido.

En caso contrario, y como advierte Guzmán, la ausencia de una defensa adecuada no solo afecta la legitimidad del proceso penal, sino que también puede llevar a la nulidad de actuaciones procesales y condenas injustas⁷⁴, o en este caso, un desposeimiento de aquellas cosas en que recaería el comiso.

Seguidamente, la homologación a la calidad de imputado del requerido en el procedimiento de comiso sin condena previa, importa la necesidad de irreprochable presunción de inocencia a lo largo del proceso.

Como el contexto de análisis implica obviar la existencia de una sentencia que quiebre la presunción de inocencia del requerido, las implicancias prácticas se manifiestan en cuestiones procesales. La presunción de inocencia es un principio fundamental del derecho penal moderno, y la carga de la prueba en el fiscal es una manifestación concreta de este principio, evitando que el imputado tenga que probar su inocencia, lo cual sería contrario a la justicia⁷⁵, ya que al asignar la carga de la prueba al fiscal, se fomenta la objetividad y la imparcialidad en el proceso penal, dado que el fiscal debe presentar pruebas suficientes y válidas para sustentar la acusación, garantizando así una evaluación justa del caso⁷⁶, y en este caso, los elementos objetivos que acrediten la existencia del delito o comisión de un injusto, y que existe una relación directa entre la comisión del ilícito y la obtención de la ventaja económica.

⁷² NOVOA MONREAL, E. *Op. cit.*

⁷³ MATUS ACUÑA, J. *Op. cit.*

⁷⁴ GUZMAN, J. L. *El derecho penal en la constitución. Principios y garantías penales en el constitucionalismo comparado*. Santiago: Editorial Jurídica, 2021.

⁷⁵ NOVOA MONREAL, E. *Op. cit.*

⁷⁶ MATUS ACUÑA, J. *Op. cit.*

Se advierte de igual forma la imposibilidad de admitirse presunciones en contra del imputado, toda vez que, según la doctrina, son incompatibles con la estructura garantista del proceso penal chileno. La presunción de inocencia obliga a que toda duda razonable beneficie al imputado, y cualquier desviación de este principio compromete la justicia del procedimiento.⁷⁷

2. Justificaciones a la nueva figura del comiso

En general, la doctrina ha entendido al *ius puniendi* como la potestad radicada en cabeza del Estado en virtud de la que éste, revestido de su poderío e imperio, declara punibles determinados comportamientos que por su especial gravedad atentan contra la convivencia comunitaria y les impone penas y/o medidas de seguridad a título de consecuencia jurídica [...] de tal manera que el Estado de Derecho le posibilite al individuo su protección.⁷⁸

Esta potestad del estado se ve directamente limitada por los principios fundantes y reformadores del derecho penal, buscando así impedir que sean aplicadas a los particulares sanciones que sean desproporcionadas en cuanto al ilícito perpetrado. Estos principios, como referentes para el derecho objetivo, atienden principalmente al resguardo a la seguridad individual y a la libertad personal, toda vez que son los mas relevantes en esta materia.

Durante mucho tiempo, las consecuencias jurídicas de carácter patrimonial impuestas por hechos punibles, han jugado un papel mínimo en Derecho penal⁷⁹, pero a la época, se ha visto como un claro protagonista, dada la procedencia de las penas sustitutivas de la Ley N°18.216, y la afectación principal vendría a ser la arista pecuniaria del infractor.

2.1 Proscripción del enriquecimiento ilícito o enriquecimiento sin causa justa

Tal y como fue advertido en anteriores acápite, uno de los fines principales de la imposición de la “pena” de comiso al infractor, o a terceros en la forma en que la ley lo previene, es evitar que el infractor de manera directa o indirecta pueda beneficiarse de las

⁷⁷ PAÚL, Á. *Derecho Procesal Penal Garantista*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010.

⁷⁸ VELÁSQUEZ, F. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011.

⁷⁹ VERVAELE, J. Las sanciones de confiscación: ¿Un intruso en el derecho penal? [en línea]. En: *Revista penal*. España: 1998, (nº2), pp. 67-80. [consulta: 4 de septiembre 2024]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=324139>

ganancias o productos de la ejecución de ilícitos, a fin de (1) evitar que el hechor sofistique sus mecanismos de comisión mediante la inversión de las ganancias y (2) desincentivar a la población general a cometer ilícitos, suprimiendo el goce de los réditos ilícitos.

Desde hace ya varias décadas el rechazo del enriquecimiento injustificado ha sido reconocido como una institución plenamente vigente en el derecho chileno⁸⁰, y comúnmente tiende a ser confundida con la acción de daños y perjuicios, pero radican en ellas significativas diferencias, y que han sido abordadas por la doctrina.

La pretensión por daños y perjuicios se orienta siempre al agente provocador, y son indispensables los conceptos de culpa e imputabilidad para determinar el obligado a indemnizar, mientras que la acción de enriquecimiento se encamina siempre contra el enriquecido sin causa, prescindiendo en absoluto de las nociones de culpa e imputabilidad, y dejando en la penumbra al agente provocador de la atribución patrimonial.⁸¹

La presencia de esta institución en el derecho nacional no se encuentra premunida de una sistematicidad clara, pero que es recogida dentro de algunas disposiciones de nuestro ordenamiento, como es el caso del artículo 1688 del Código Civil, que indica que en caso de rescindir un contrato celebrado con un incapaz, el que haya contratado con este no podrá pedir restitución o reembolso de lo que gastó o pagó en virtud de este contrato, sino en cuanto probare el enriquecimiento del último.

Sin perjuicio de lo anterior, reconocidos autores nacionales han considerado que el enriquecimiento sin causa es un principio del derecho y una fuente de obligaciones autónoma. Como principio general, evoca el repudio al enriquecimiento a expensas de otro sin una causa que lo justifique⁸², y en cuanto a fuente de obligaciones, consiste en una atribución patrimonial

⁸⁰ LETELIER, P. Enriquecimiento injustificado y equidad. Los problemas que plantea la aplicación de un principio general [en línea]. En: *Ius et Praxis*. Talca: Universidad de Talca, 2018, v. 24 (nº 2). [consulta: 4 de septiembre 2024]. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122018000200649>

⁸¹ CASSO Y ROMERO, I. y CERVERA Y JIMÉNEZ, F. *Diccionario de Derecho Privado*, tomo I. Barcelona: Editorial Labor SA, 1950.

⁸² PEÑAILILLO, D. 1996. El enriquecimiento sin causa. Principio de derecho y fuente de obligaciones. En: *Revista de Derecho* [en línea]. Chile: Universidad de Concepción, 1996, v.93 (nº2) pp. 71-95 [consulta 28 de octubre de 2024]. Disponible en: <https://www.studocu.com/cl/n/61308123?sid=01732151400>

sin una justificación que la explique, de modo que, constatado, se impone la obligación de restituir.⁸³

2.2 Requisitos para la presencia del enriquecimiento ilícito

En cuanto a los elementos que la doctrina ha considerado menesteres para la configuración del enriquecimiento sin causa o ilícito, su discusión no ha estado exenta de diferencias, variando según la postura del autor.

Para gran parte de la doctrina, y siguiendo la fórmula del Código Civil Francés, se consideró como requisitos del enriquecimiento ilícito (1) el enriquecimiento de una persona, (2) empobrecimiento de otro, (3) correlatividad entre ambos y (4) ausencia de causa del enriquecimiento.⁸⁴

La mayor parte de las controversias suscita en la necesidad que exista una persona que se vea empobrecida para que exista formalmente el enriquecimiento ilícito. En ese sentido, la doctrina más tradicional refería que no puede haber enriquecimiento injusto sin un empobrecimiento correlativo, ya que de lo contrario no se justificaría la restitución o compensación.⁸⁵

De igual manera, se refirió que la inexistencia de este sujeto afectado por el incremento patrimonial de un tercero no importaría un enriquecimiento ilícito, ya que el empobrecimiento ajeno constituye el sustrato necesario para que el enriquecimiento de la otra parte pueda ser considerado injusto.⁸⁶

Para otra parte de la doctrina, la correlatividad entre el enriquecimiento de un individuo y el empobrecimiento no constituye una medida de la restitución y no sería un requisito indispensable, pues lo decisivo sería determinar la medida del enriquecimiento.⁸⁷

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. 6ª. Thomson Reuters Civitas, 2007.

⁸⁶ FUEYO LANERI, F. *Instituciones de Derecho Civil Moderno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1990.

⁸⁷ PEÑAILILLO, D. *Op. cit.*

2.3 Fundamentos del comiso a la luz de la teoría de los fines de la pena

Frente al concepto de pena, han existido diversidad de criterios y definiciones, entendiéndose en su mayoría por pena la auto constatación del poder coercitivo del Estado, reafirmación de su existencia en forma general⁸⁸. Sin perjuicio de la nomenclatura que utiliza el legislador mediante la nueva Ley N°21.577 del Código Procesal Penal, la confiscación que sea ejecuta en el patrimonio del individuo afectado es una acción de propósito coercitivo contra el infractor, por lo que puede ser analizado a la luz de las teorías de los fines de la pena.

Para el pensamiento retribucionista, el fin de la pena se funda en que la responsabilidad de quien ejecute un delito solo puede ser compensada mediante la imposición de una pena⁸⁹. La función de la pena se limita simplemente a la realización de la justicia, la pena se agota en si misma en cuanto mal que se impone por la comisión de un hecho delictivo⁹⁰. Desde el punto de vista del comiso de ganancias, a la luz de una perspectiva retributiva, la incautación de las ganancias obtenidas mediante la ejecución de un ilícito es una manera de castigar al hechor, garantizando que este último no pueda conservar los beneficios obtenidos por su actuar.

En cuanto al punto de vista de la teoría preventiva de la pena, la cual tiene como característica la función disuasoria de la pena entre los miembros de la sociedad, va en el mismo orden de ideas que el prisma anterior del comiso. Buscando prevenir la reincidencia y disuadir a los potenciales infractores, la abstracción de la esfera pecuniaria de las ganancias al hechor envía un mensaje claro a la ciudadanía en cuanto a la imposibilidad de lucrar con el provecho del delito, con el fin de impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de hacer lo mismo.⁹¹

A continuación, a la luz de la prevención especial respecto al propio hechor, el caso del comiso es esencialmente neutralizador de la conducta, en cuanto priva al infractor de los recursos que ha obtenido, sin poder beneficiarse de estos. Esta idea cobra especial relevancia respecto a la actividad de las organizaciones criminales, en cuanto el comiso de dinero y

⁸⁸ BUSTOS, J. y HORMAZÁBAL, H. Pena y Estado. En: *Papers: revista de sociología* [en línea]. Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona, 1980, v.13, pp. 97-128. [consulta 3 de septiembre de 2024], p. 121. Disponible en: <https://doi.org/10.5565/rev/papers/v13n0.1194>

⁸⁹ ROXIN, C. *Sentido y límites de la pena estatal. Problemas básicos del Derecho penal*. Madrid: Reus, 1976.

⁹⁰ BERDUGO, I. *El concepto, el método y las fuentes del derecho penal*.

⁹¹ BECCARIA, C. *De los delitos y las penas*. Editorial Olejnik, 1764.

bienes debilita significativamente la capacidad operativa de las organizaciones criminales. Estas últimas, dependen de sus recursos financieros para realizar diversas actividades ilegales, como la producción, distribución y comercialización de drogas. Al retirarles estos recursos, se reduce su capacidad para operar y expandirse.⁹²

Finalmente, a la luz de la teoría retributiva, enfocada en la necesidad de que el infractor reciba un castigo tenido por proporcional al mal evocado, como una manifestación de justicia moral, siendo la pena una respuesta inmediata a la conducta antijurídica, la cual y como afirmaba Kant, no puede ser impuesta únicamente como medio para promover otro bien, sino que debe imponerse sobre él simplemente porque ha cometido un crimen.⁹³

En el mismo orden de ideas, autores refieren que la esencia de la justicia retributiva es el entendimiento de que el castigo es moralmente adecuado, porque el hechor ha delinquido, y cualquier beneficio derivado de esa falta ha de ser neutralizado⁹⁴, viéndose esta eliminación de cualquier tipo de ganancia ilícita es una forma de castigo distinto a los físicos y privativos de libertad, permitiendo que el comiso de ganancias sea una medida esencial para la completitud del castigo al corregirse la ventaja injusta obtenida mediante el ilícito.⁹⁵

2.4 Desafíos prácticos a la nueva figura del comiso

La implementación de la nueva Ley N°21.577 ha introducido indudablemente herramientas significativas para mejorar la efectividad del comiso en Chile. Esta medida como se ha evidenciado tiene como fin atacar las finanzas del crimen organizado de manera más eficaz, permitiendo la recuperación de bienes obtenidos ilícitamente, incluso aún cuando no se haya establecido una conexión empírica entre el delito y los activos en ciertas hipótesis.

Respecto a la implementación práctica de esta figura, no existen a la fecha indicadores estadísticos oficiales en cuanto a la implementación de la reforma importa, pero eso posible evidenciar a priori algunos desafíos en cuanto a la implementación, realización e impugnación de esta consecuencia jurídica.

⁹² CÁMARA DE DIPUTADOS. *Moción boletín 17077-24*. Proyecto que Modifica la Ley N°20.000 en materia de distribución del fondo especial a que se refiere su artículo 46. Chile, 2.9.2024

⁹³ KANT, I. *The Metaphysics of Morals*. Reino Unido: Cambridge University Press, 1796.

⁹⁴ MOORE, M. *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*. Reino Unido: Oxford University Press, 1997.

⁹⁵ FLETCHER, G. *Rethinking Criminal Law*. Little, Brown and Company, 1978.

2.5 Posibles hipótesis a la luz de la actual legislación referente al comiso: un caso posible

En el presente caso de análisis hipotético, revisaremos el caso de un proceso donde se ordena la incautación de un vehículo motorizado, que en el contexto de una investigación de un delito cometido en el marco de la Ley N°20.000, se encontraba en el domicilio de uno de los investigados. El bien en cuestión se encuentra debidamente inscrito a nombre de un tercero, quién, y a base de las diligencias investigativas llevadas a cabo por el Ministerio Público, se encuentra completamente exento de responsabilidad en el ilícito materia del proceso. La exclusiva relación del tercero al caso, y únicas referencias a éste en la carpeta investigativa, es la titularidad sobre el vehículo incautado.

La implementación de esta nueva batería legislativa, en cuanto a comiso narra, plantea la posibilidad de que se implemente el comiso extendido a bienes de terceros (y lo que funda preliminarmente la incautación de dicho bien), implica la verosímil ocurrencia aún en una etapa temprana de la investigación no haya suficiente evidencia, de que sea determinado bajo el mínimo estándar de convicción, que es el requerido en esta etapa procesal, y que tenga a más o menos cierto, que: 1) el bien haya sido empleado en la comisión del ilícito; o 2) que el propietario tuviere conocimiento de dichas actividades ilícitas.

En la necesidad de principiar la preparación de una posible defensa en cuanto a justicia pudiere caber en la determinación de la debida propiedad del bien descrito, surge el desafío de poder acreditar que aquel bien no posee una relación determinable y directa con la configuración de la conducta típica, y que pudieren caber en el tipo objetivo del crimen analizado (un posible artículo 3° de la Ley N°20.000, bajo el verbo rector “posean”).

Este tipo de consecuencia, la cual es verosímil y concordante con el ordenamiento penal vigente, pudiere significar un problema, en cuanto se encuentra en juego la protección del derecho de propiedad de un tercero quien carece de mala fe alguna, y genera inequívocamente una tensión con principios constitucionales que correspondieren en lo que a debido proceso y propiedad incumbiere. Con la aún prematura existencia de esta nueva concepción de la institución del comiso, necesariamente nos hace pensar que no hay la suficiente claridad sobre el estándar probatorio que el Ministerio Público deba sortear para

justificar la ejecución de estos bienes, y que podría dar a paso a nutridas interpretaciones judiciales.

2.6 Actitudes que puede tomar el Ministerio Público

En la hipótesis referida, en que el vehículo de alta gama es hallado en el domicilio del encartado en la investigación de tráfico ilícito de estupefacientes, el Fiscal puede hacer al Juez de Garantía las siguientes solicitudes:

1) Solicitud de imposición de medidas cautelares sobre el vehículo:

En una etapa temprana de la investigación, el Ministerio Público, y en virtud del nuevo inciso tercero del artículo 157 del Código Procesal Penal, 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.

De esta manera, y de acreditarse someramente una relación entre el bien objeto de la medida cautelar con, ya sea, como instrumento, como efecto, como ganancia e incluso como garantía del comiso por equivalencia, podrá impedir su venta o transferencia, siempre que logre fundar el Fiscal que esta medida es necesaria para así asegurar la disponibilidad del bien para su eventual comiso.

2) Solicitud de administración provisional:

La Ley N°20.000, en su artículo 40, reformado por la nueva Ley N°21.575 previene que respecto a aquellos bienes muebles e inmuebles incautados que se relacionan en cualquier medida al delito, en virtud de las disposiciones del 187 y siguientes del CPP, y a solicitud del Ministerio Público, podrán ser destinados provisionalmente por el Juez de Garantía, a una institución del estado, o privada sin fines de lucro que tenga como giro la rehabilitación y prevención del consumo indebido y tratamiento de personas drogadictas.

Lo anterior se aúna a lo que prescribía la Ley N°20.502 de febrero de 2011, que prevenía esta administración provisoria de bienes incautados en favor del Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol, quien ahora deberá ser oficiado en la causa respectiva donde se haya levantado a solicitud y tendrá un plazo de 5 días para concurrir a dicha solicitud.

3) Solicitud de enajenación temprana:

La Ley N°20.000, faculta tanto el Ministerio Público como el Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol, a instar al Juez de Garantía a que se lleve a cabo la enajenación temprana de los bienes que hayan sido incautados durante el proceso. El elemento sobre el cual puede recaer esta medida debe reunir las siguientes condiciones, según dispone el artículo 40 bis de esta norma:

- 1) Se trate de un vehículo motorizado
- 2) Sin ser un vehículo motorizados, sean bienes que:
 - a) existieren antecedentes que hagan presumir que continúan siendo utilizados en actividades ilícitas,
 - b) aquellos sujetos a corrupción
 - c) susceptibles de próximo deterioro
 - d) su conservación sea difícil o muy dispendiosa

Bajo esta solicitud de enajenación temprana sobre efectos e instrumentos de delitos contemplados en esta Ley, y en el caso de que el bien corresponda a aquellos cuya tradición es de carácter registral, y si bien figura inscrito en algún registro público, sea que acredite o no propiedad, el juez de garantía, antes de resolver la enajenación temprana, deberá citar a quienes figuren como titulares de derechos en dichos registros. En caso de que el citado no comparezca a la audiencia de enajenación temprana, se procederá en su ausencia, procediendo a la subasta pública, pudiendo ser restituidos a su titular si no se decreta el comiso en la sentencia definitiva.

2.7 Teorías de defensa

Analizadas las disposiciones relevantes, en cuanto a las acciones que la defensa puede incoar a modo de oponerse a la sanción estudiada, a pesar de ser escasas, alcanzan a tutelar el interés del interviniente afectado.

1) Oposición a la fijación de medidas cautelares sobre el bien

La batería legislativa introducida por la Ley N°21.577 conmina a la defensa (ya de parte o de tercero absoluto opositor al comiso) a mantener un rol activo dentro del proceso, ya no solo a partir de la formalización de la investigación. El nuevo artículo 157 bis del CPP faculta al Ministerio Público a solicitar cautelares sobre bienes suficientes para hacer efectivo el comiso de ganancias o por valor equivalente de bienes, sin audiencia previa del afectado.

La limitación que el legislador impone es que, una vez decretada la cautelar por el Juez de Garantía, se establecerá un plazo⁹⁶ no inferior a 30 días ni superior a 240 días para que se proceda a la formalización de la investigación. Mientras se encuentre vigente el plazo aludido el MP o la víctima podrán solicitar una ampliación del mismo, y dicha cautelar, cumplido el plazo sin ser renovada o formalizada la investigación, quedará sin efecto de pleno derecho.

El mecanismo para revertir la decisión del tribunal de conceder la cautelar sobre el bien individualizado en la investigación, es únicamente el recurso de apelación, en cuanto diere lugar a la procedencia de las cautelares del Título V del Código de Procedimiento Civil, que también premune al Ministerio Público de la misma herramienta en caso de que su solicitud planteada no prosperara.

2) Recursos previstos para la defensa

La defensa en el proceso de comiso deberá tener como fue adelantado, un rol activo en cuanto a oposición se trata. Una vez formulado el requerimiento deducido por el Ministerio

⁹⁶ La Ley N°21.694 que Modifica los cuerpos legales que indica para mejorar la persecución penal en materia de reincidencia y delitos de mayor connotación social, publicada el mes de septiembre del año 2024, premune al ordenamiento una serie de cambios en cuanto al proceso de investigación formalizada y desformalizada respecto a organizaciones criminales, con el fin de que resulten desarticuladas. Para este efecto dispone una serie de beneficios a aquellos investigados quienes presten colaboración eficaz, pudiendo reducir sus condenas hasta en tres grados, de cumplir con todos los requisitos legales. Para conseguir los fines del procedimiento, se conmina al MP formalizar en un plazo perentorio la investigación, en el contexto de las cautelares reales del artículo 157 y ss. del CPP, para así, no levantar alertas en la organización respectiva, y los investigados no puedan abstraerse fácilmente de la justicia.

Público en virtud de lo que reza el nuevo Título III bis, relativo al procedimiento de imposición de comiso sin condena previa, se encontrarán debidamente asegurados bienes suficientes para satisfacer el monto del comiso ampliado o de valor equivalente, donde será menester desde la etapa cautelar alegar oportunamente que el bien no se encuentra en alguna de las hipótesis contempladas por el legislador para tener a bien esta consecuencia.

La resolución que revuelve sobre el requerimiento del Fiscal contendrá de igual manera la fijación de día y hora para la celebración de la respectiva audiencia de comiso, donde se citará a las partes, las que deben acudir con todos sus medios de prueba, pudiendo incluso citar testigos o peritos, que deberá ser indicado al menos 10 días antes de la celebración de la audiencia.

En el desarrollo de la audiencia descrita, si las partes lo tienen a bien puede fijarse una audiencia intermedia de preparación, y en caso contrario, en la misma oportunidad se rendirá la prueba que las partes incorporaren y hacer sus respectivas alegaciones, siguiendo las reglas del procedimiento simplificado, donde el Juez de Garantía se encuentra facultado a fallar derechamente, formando convicción sobre la base de la prueba preponderante y producida sobre la audiencia, de no haber oposición.

Finalmente, el legislador premune a la defensa con la posibilidad de recurrir en contra de la resolución que refiera al comiso de bienes sin condena. El pronunciamiento respecto a esta situación por el Juez de Garantía reúne la calidad de sentencia definitiva, haciendo entonces procedente el recurso de nulidad previsto en el Título IV del Libro III, solo respecto se impugnara la imposición del comiso (misma herramienta a contrario sensu sobre la denegatoria para el Ministerio Público). En el caso de que la impugnación apunte a discutir el monto fijado en el comiso, tendrá cabida el recurso de apelación, el que puede ser interpuesto simultáneamente con la solicitud de nulidad, de manera subsidiaria. Las consecuencias de la instancia recursiva son en primer término la nulidad de la audiencia prevista en el artículo 415 sexies del CPP, o en caso de tratarse de un error de derecho, se anulará la sentencia recurrida, dictando una de reemplazo.

CONCLUSIONES

Durante el desarrollo de esta memoria, resulta indispensable referir que la discusión a nivel doctrinal en cuanto a la configuración de la figura del comiso, sus alcances y repercusiones, no ha ocupado un rol protagónico, en comparación a otros elementos del derecho penal, cuyas áreas han sido discutidas a mayor profundidad. Las coetáneas modificaciones estudiadas son la respuesta enérgica de los Estados, en un contexto de cambios acelerados en cuanto a comisión de ilícitos cada vez más complejos y redituables para el infractor.

Las consideraciones que mayor relevancia cobran, son aquellas nuevas disposiciones que pugnan con los principios formativos del derecho procesal penal, en el contexto de un debido proceso, y que repercute en la esencia de la privación de derechos asegurados por ley a terceros, quienes pueden verse afectado en alguna de los mecanismos que facultan la abstracción de la esfera de propiedad de bienes que tengan alguna relación con el ilícito, ya sea de manera cautelar o definitiva, y en cualquier etapa del procedimiento.

Al homologar la figura del requerido a la de imputado en un proceso de comiso sin condena previa, según dispone la reciente batería legislativa, importa una necesidad de revisar la adecuación de las disposiciones con el fin de salvaguardar los derechos de los intervinientes en el marco de una investigación delictiva, y así, conservar la eficacia del proceso en cuanto a vicios pudieren emanar.

La implementación normativa significa inequívocamente un proceso de adecuación y armonización entre las disposiciones vigentes en leyes generales y especiales en cuanto a comiso refiere, donde, seguramente, se dará paso a nutridas e interesantes discusiones en nuestros tribunales.

REFERENCIAS

- AMBOS, K. The Dual Penal and Preventive Function of Confiscation in Criminal Law. En: *Journal of International Criminal Justice* [en línea]. 2014, v. 12 (nº 1), pp. 9-27. [consulta: 3 de agosto de 2024].
- ANANÍAS, I. El comiso de ganancias. En: *Revista de estudios de la justicia* [en línea]. Chile: Universidad de Chile, 2014, (nº 21), pp. 153-196. [consulta: 20 de julio de 2024], p. 160. Disponible en: <https://doi.org/10.5354/rej.v0i21.36328>
- BAGLEY, B. M. *Drug trafficking and organized crime in the Americas: major trends in the 1980s*. Miami: University of Miami Press, 1988.
- BECCARIA, C. *De los delitos y las penas*. Editorial Olejnik, 1764.
- BLANCO, I. Armonización - aproximación de la legislación en la Unión Europea en materia de lucha contra los productos del delito: comiso, organismos de recuperación de activos y enriquecimiento ilícito. En Arangüena Fanego, C. *Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia últimos avances en cooperación judicial penal*. Valladolid, Lex Nova, 2010.
- BLANCO, I. *El comiso de ganancias: ¿brutas o netas?* En: *Diario la Ley* [en línea]. 2011, v.7569 (nº1). [consulta: 20 de octubre de 2023]. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es>
- BORDA, G. *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones*. Michigan: Editorial Perrot, 1995.
- BUSTOS, J. y HORMAZÁBAL, H. Pena y Estado. En: *Papers: revista de sociología* [en línea]. Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona, 1980, v.13, pp. 97-128. [consulta 3 de septiembre de 2024], p. 121. Disponible en: <https://doi.org/10.5565/rev/papers/v13n0.1194>
- CÁMARA DE DIPUTADOS. *Informe de Comisión de Seguridad Ciudadana: 05 de mayo 2021*. Chile: sesión 32.
- CÁMARA DE DIPUTADOS. *Moción boletín 17077-24*. Proyecto que Modifica la Ley N°20.000 en materia de distribución del fondo especial a que se refiere su artículo 46. Chile, 2.9.2024

CARNEVALI, R. y FUENTES, H. Informe jurídico sobre la eventual aplicación del delito de asociación ilícita establecido en el artículo 16 de la Ley N°20.000. En: *Politica Criminal* [en línea]. Chile: 2008, v.6 (n°1), pp. 1-10. [consulta: 5 de junio de 2024]. Disponible en: <https://biblio.dpp.cl/datafiles/2743-2.pdf>

CARRILLO, A. *Recuperación de activos en el sistema penal alemán: luces y sombras del actual régimen de decomiso de ganancias*. España: Universidad de Salamanca, 2018.

CASSO Y ROMERO, I. y CERVERA Y JIMÉNEZ, F. *Diccionario de Derecho Privado*, tomo I. Barcelona: Editorial Labor SA, 1950.

CASTELLVÍ, C. Decomisar sin Castigar: utilidad y legitimidad del decomiso de ganancias En: *Revista para el análisis del derecho* [en línea]. Barcelona: Universitat de Barcelona, 2019, (n° 2), pp. 1-67. [consulta: 29 de julio de 2024]. Disponible en: <http://hdl.handle.net/2445/159799>

CASTILLO, M. *Breves consideraciones sobre el comiso como mecanismo de recuperación de activos producto de la corrupción*. España: Ediciones Universidad de Salamanca, 2012

CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I. *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*. Granada: Editorial Comares, 2004.

CEREZO, J. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. 6.^a ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2001.

CHILE. *Proyecto de Ley Original. Mensaje N° 495-368*. Chile: Biblioteca del Congreso Nacional, 2020.

CHILE. *Oficio de indicaciones del Ejecutivo N°544-368*. 8.3.2021

CURY, E. *Derecho Penal Parte General Tomo I*. 11.^a edición. Santiago: Ediciones UC, 2020.

CS. *Rol N° 4588-15, considerando quinto*. Chile: 7.3.2016

DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. 6.^a. Thomson Reuters Civitas, 2007.

ESPAÑA. *Código Penal*, artículo 368. *Boletín Oficial del Estado* [en línea]. [consulta: 10 de septiembre de 2024]. Disponible en: <https://www.boe.es>

ESPINOZA, A. (2013). El Concepto de Pena y sus Implicancias en el Derecho Penal Chileno. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* [en línea]. 2013, v.25 (n°1), pp. 89-112. [consulta: 24 de agosto de 2024].

FIANDACA, G. *Diritto Penale e Antimafia: Problemi e Prospettive*. Italia: Giuffrè Editore, 2019

FISCHER, T. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. C.H. Beck, 2016.

FLETCHER, G. *Rethinking Criminal Law*. Little, Brown and Company, 1978.

FRANCIA. *Code pénal*, article 222-15. [consulta: 10 de septiembre de 2024]. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr>

FUEYO LANERI, F. *Instituciones de Derecho Civil Moderno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1990.

GARCÍA, A. *La Extinción de Dominio en Colombia y su Contribución a Programas Sociales*. Bogotá: Editorial Jurídica, 2021.

GÓMEZ ORBANEJA, M. *Derecho Penal Español. Parte General y Parte Especial*. Madrid: Reus, 1984.

GRISOLÍA, F. El delito de asociación ilícita. En: *Revista chilena del derecho* [en línea]. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2004, v.31(nº 1), pp. 75-88. [consulta: 24 de mayo de 2024]. Disponible en: <https://ojs.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/73317>

GUZMAN, J. L. *El derecho penal en la constitución. Principios y garantías penales en el constitucionalismo comparado*. Santiago: Editorial Jurídica, 2021.

HASSEMER, W. *Teorías de la pena*. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. *19º Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana*. Chile: Instituto Nacional de Estadísticas, 2002.

JOHNSON, P. *The Comprehensive Crime Control Act of 1984 and Its Impact on Asset Forfeiture Programs*. Washington D.C.: Department of Justice, 2019.

KANT, I. *The Metaphysics of Morals*. Reino Unido: Cambridge University Press, 1796.

KUDLICH, H. *Modernisierung des Verfalls und der Einziehung*. Alemania: JuristenZeitung, 2018.

LETELIER, P. Enriquecimiento injustificado y equidad. Los problemas que plantea la aplicación de un principio general [en línea]. En: *Ius et Praxis*. Talca: Universidad de Talca, 2018, v. 24 (nº 2). [consulta: 4 de septiembre 2024]. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122018000200649>

MAIER J. *Derecho Procesal Penal. Fundamentos y Principios*. Editorial Ad-Hoc, 2015-2016.

MANACORDA, S. La confisca dei beni nel sistema giuridico italiano. En: *Rivista di Diritto Penale* [en línea]. Italia: 2007, v. 23 (nº3), pp 215-240. [consulta: 5 de agosto de 2024].

MATURANA MIQUEL, C. (2005). El Derecho Penal y el Principio de Legalidad en el Ordenamiento Jurídico Chileno. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología* [en línea]. 2005, v. 17 (nº2), pp. 45-67. [consulta: 24 de agosto de 2024].

MOORE, M. *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*. Reino Unido: Oxford University Press, 1997.

NOVOA MONREAL, E. *Derecho Penal Chileno: Parte General*. Editorial Jurídica de Chile, 2002.

ONU. Convención sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Viena, Austria: 1988.

ONU. *Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. Palermo, Italia: 2000

ORTÍZ, L. y ARÉVALO, J. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2013.

PAÚL, Á. *Derecho Procesal Penal Garantista*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010.

PEÑAILILLO, D. 1996. El enriquecimiento sin causa. Principio de derecho y fuente de obligaciones. En: *Revista de Derecho* [en línea]. Chile: Universidad de Concepción, 1996, v.93 (nº2) pp. 71-95 [consulta 28 de octubre de 2024]. Disponible en: <https://www.studocu.com/cl/n/61308123?sid=01732151400>

QUINTERO, G. *Medidas de seguridad y Derecho Penal*. Sevilla: Ediciones Jurídicas, 2008

RAMÍREZ, L. *La subsidiariedad del delito de enriquecimiento ilícito en la lucha contra la corrupción en el Perú*. Trabajo final de máster. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2021. [consulta 15 de septiembre de 2023]. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10366/147496>

RAMÍREZ, P. *Drug Trafficking and Legalization: A Global Perspective*. New York: United Nations Publishing, 2018.

RESTREPO, M. *El comiso: análisis sistemático e instrumentación cautelar*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2007.

REUTER, P. *The organization of illegal markets: an economic analysis*. Washington, D.C.: National Institute of Justice, 1992.

RIBAS, R. *La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria*. En: *Estudios Penales y Criminológicos* [en línea]. España: Universidad de Santiago de Compostela, 2004, v. 24, pp. 518-564. [consulta: 2 de febrero de 2024]. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10347/4090>

RODRÍGUEZ RAMOS, F. *La pena y sus clases*. Madrid: Tecnos, 2001.

ROIG, M. La Reglación del Comiso. El modelo Alemán y la reciente reforma Española. En: *Estudios Penales y Criminológicos* [en línea]. España: Universidad de Santiago de Compostela, 2016, v. 36, pp. 199-279. [consulta: 26 de enero de 2024]. Disponible en: <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/3028>

ROLDÁN PÉREZ, J. *Crimen organizado y narcotráfico: análisis histórico y contemporáneo*. Bogotá: Editorial Temis, 2005.

ROXIN, C. *Sentido y límites de la pena estatal. Problemas básicos del Derecho penal*. Madrid: Reus, 1976.

ROXIN, C. *Derecho Penal. Parte General*. 3.^a ed. Madrid: Civitas, 2014.

SANTANDER, G. *Naturaleza jurídica de la extinción de dominio: fundamentos de las causales extintivas*. Tesis de maestría. Universidad Santo Tomás, Chile, 2018. [consulta: 8 de enero de 2024]. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.15332/tg.mae.2018.00168>

SERRA, D. y MARCAZZOLO, X. El Comiso sin condena previa en la Ley N°21.577 que fortalece la persecución de los delitos de delincuencia organizada y su compatibilidad con el debido proceso. En: *Revista de derecho* [en línea]. Concepción: Universidad de Concepción, 2023, v.91 (n° 254), pp. 155-187. [consulta: 13 de marzo de 2014]. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.29393/rd254-6ccdx20006>

SILVA SANCHEZ, J. M. *La expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Barcelona: Marcial Pons, 1996.

TRONCOSO V. Narcotráfico y el desafío a la seguridad en la triple frontera andina. En: *Revista de relaciones internacionales, estrategia y seguridad* [en línea]. Colombia: 2016, v.12 (n° 1), pp. 103-130. [consulta 6 de agosto de 2024]. Disponible en: <https://doi.org/10.18359/ries.2461>

VALERO, L. *Los bienes equivalentes y el riesgo de confiscación en la Ley de extinción del dominio y en el comiso penal*. En: *Via Iuris* [en línea]. Colombia: Fundación universitaria Los

Libertadores, 2009, (nº6), pp. 71-89. [consulta: 11 de diciembre de 2023]. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/2739/273920944006.pdf>

VARGAS, P. *El Comiso del Patrimonio Criminal*. Tesis doctoral. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2012. [consulta 2 de agosto de 2023]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=44687>

VELÁSQUEZ, F. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011.

VERVAELE, J. Las sanciones de confiscación: ¿Un intruso en el derecho penal? [en línea]. En: *Revista penal*. España: 1998, (nº2), pp. 67-80. [consulta: 4 de septiembre 2024]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=324139>