



**UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES**

COMISO DE GANANCIAS Y ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

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

**Autor: Javier Pineda Olcay
Profesor Guía: Antonio Bascuñán Rodríguez**

2016

*A Carmen Gloria
y a Francisco Javier*

TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN.....	10
INTRODUCCIÓN.....	11
CAPÍTULO I	
REGULACIÓN DEL COMISO DE GANANCIAS EN LA LEGISLACIÓN CHILENA.....	15
I. APROXIMACIONES AL CONCEPTO DE COMISO.....	15
1. INTRODUCCIÓN.....	15
2. EL CONCEPTO DE COMISO.....	17
2.1. Introducción.....	17
2.2. Diferencias entre el comiso y la confiscación.....	20
3. EL COMISO DE INSTRUMENTOS Y DE EFECTOS.....	21
3.1. El comiso de instrumentos.....	21
3.2. El comiso de efectos.....	21
3.3. Elementos comunes al comiso de instrumentos y efectos.....	22
4. EL COMISO DE GANANCIAS.....	24
II. REGULACIÓN DEL COMISO DE GANANCIAS EN LA LEGISLACIÓN CHILENA..	26
1. EL COMISO DE GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL CHILENO.....	26
1.1. El artículo 31 del Código Penal.....	26
1.1.1. Historia del artículo 31 del Código Penal.....	27
1.1.2. Contenido del artículo 31 del Código Penal.....	27
1.2. Interpretaciones del concepto “efectos” del artículo 31 del Código Penal.....	28
1.2.1. Postura de Labatut.....	28
1.2.2. Postura de Guzmán, Hernández y Suárez.....	28
1.2.3. Postura de Etcheberry, Cury, Garrido y Politoff.....	29

1.2.4.	Postura de Novoa.....	30
1.2.5.	Postura de Ananías y de fallos de la Corte Suprema.....	30
1.3.	Conclusiones.....	34
2.	EL COMISO DE GANANCIAS EN LEYES PENALES ESPECIALES.....	35
2.1.	Ley de Tráfico Ilícito de Estupefacientes (20.000).....	35
2.1.1.	Antecedentes de la Ley 20.000.....	35
2.1.2.	Regulación del comiso de ganancias en la Ley 20.000.....	36
2.1.3.	Comiso de bienes pertenecientes a terceros en la Ley 20.000.....	37
2.2.	Ley sobre Lavado y Blanqueo de Activos (19.913).....	38
2.2.1.	Concepto de Lavado y Blanqueo de Activos.....	38
2.2.2.	Antecedentes de la Ley sobre Lavado y Blanqueo de Activos.....	39
2.2.3.	Regulación del comiso de ganancias en la Ley sobre Lavado y Blanqueo de Activos.....	40
2.3.	Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas (20.393).....	41
2.3.1.	Antecedentes de la Ley 20.393.....	41
2.3.2.	Deficiencias de la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas.....	41
2.3.3.	Regulación del comiso de ganancias en la Ley 20.393.....	42
III.	TRATAMIENTO DEL COMISO Y DE LA GANANCIA OBTENIDA ILÍCITAMENTE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y EN LEYES PENALES ESPECIALES.....	44
1.	NORMATIVA QUE TRATA LAS GANANCIAS ILÍCITAS.....	45
1.1.	DL 211 que fija normas para la defensa de la libre competencia.....	45
1.1.1.	Antecedentes del DL 211.....	45
1.1.2.	Tratamiento de la ganancia en la Ley N° 20.495 que perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia	46
2.	REGULACIÓN DEL COMISO EN LEYES PENALES ESPECIALES Y EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	48
2.1.	Ley General de Pesca y Acuicultura (18.892).....	48
2.1.1.	Antecedentes de la Ley General de Pesca y Acuicultura.....	48

2.1.2. El comiso en la Ley General de Pesca y Acuicultura.....	49
2.2. Ordenanza de Aduanas.....	50
2.2.1. Antecedentes de la Ordenanza de Aduanas.....	50
2.2.2. El comiso en la Ordenanza de Aduanas.....	50
2.3. Ley de Alcoholes (19.925).....	51
2.3.1. Antecedentes de la Ley de Alcoholes	51
2.3.2. El comiso en la Ley de Alcoholes.....	51
2.4. Ley de Control de Armas (17.798).....	51
2.4.1. Antecedentes de la Ley de Control de Armas.....	51
2.4.2. El comiso en la Ley de Control de Armas.....	52
2.5. Ley sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo (19.733).....	53
2.5.1. Antecedentes de la Ley 19733.....	53
2.5.2. El comiso en la Ley 19.733.....	53
 IV. CONCLUSIONES.....	 54
 CAPÍTULO II	
EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO.....	56
 I. EL CONCEPTO DE ENRIQUECIMIENTO INJUSTO.....	 57
1. INTRODUCCIÓN.....	57
2. DENOMINACIÓN Y TERMINOLOGÍA.....	58
3. DIFERENCIAS CON EL DERECHO DE DAÑOS.....	60
4. ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: DERECHO <i>IN PERSONAM</i> Y/O DERECHO <i>IN</i> <i>REM</i>	61
5. CONCLUSIONES.....	62
 II. EVOLUCIÓN DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO.....	 63

1.	EL DERECHO DE LAS <i>CONDICTIONES</i> EN EL DERECHO ROMANO.....	63
1.1.	<i>Condições</i> reguladas por el Derecho Romano.....	64
1.2.	Fundamento y origen de las <i>condiciones</i>	65
1.3.	Relación entre las <i>condiciones</i> y la <i>actio in rem verso</i>	67
1.4.	Conclusiones.....	67
2.	EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO EN EL DERECHO NATURAL.....	68
3.	EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO EN LA CODIFICACIÓN ALEMANA.....	69
4.	EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO EN LA CODIFICACIÓN FRANCESA.....	71
4.1.	La acción de <i>in rem verso</i> en el Derecho francés.....	72
5.	EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO EN OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS.....	74
5.1.	El enriquecimiento injusto en el Derecho inglés.....	74
5.2.	El enriquecimiento injusto en el Derecho italiano.....	75
III.	DESARROLLO DEL DERECHO DE <i>CONDICTIONES</i> EN EL SIGLO XX: AVANZANDO HACIA UNA “TIPOLOGÍA”.....	76
1.	TIPOLOGÍA DEL DERECHO DE <i>CONDICTIONES</i> EN EL DERECHO ALEMÁN.....	77
1.1.	<i>Condictio</i> por prestación.....	78
1.2.	<i>Condictio</i> por intromisión.....	79
1.3.	<i>Condictio</i> por inversión o por desembolso.....	79
2.	LA <i>CONDICTIO</i> POR INTROMISIÓN Y SU DESARROLLO EN LA DOCTRINA.....	80
2.1.	Concepto de <i>condictio</i> por intromisión.....	80
2.2.	La <i>condictio</i> por intromisión en el derecho comparado.....	82
2.3.	Teorías que fundamentan la <i>condictio</i> por intromisión.....	83
2.3.1.	Teoría de la antijuridicidad.....	83
2.3.2.	Teoría de la atribución.....	85

2.3.3.	Conclusión a partir de la discusión sobre las teorías de fundamentación de la <i>condictio</i> por intromisión.....	87
2.4.	Funciones de la <i>condictio</i> por intromisión.....	88
2.4.1.	Función de reintegración.....	88
2.4.2.	Función preventivo-punitiva.....	88
2.4.3.	Función indemnizatoria.....	90
2.5.	Conclusiones respecto a la <i>condictio</i> por intromisión.....	91
IV.	EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO EN EL DERECHO CHILENO.....	92
1.	EVOLUCIÓN DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO EN EL DERECHO CHILENO.....	92
1.1.	Antecedentes del Enriquecimiento Injusto en el Derecho Romano.....	92
1.2.	Antecedentes del Enriquecimiento Injusto en el Derecho Español.....	92
1.3.	Antecedentes del Enriquecimiento Injusto en el Derecho Francés.....	93
1.4.	Los cuasicontratos y el Enriquecimiento Injusto.....	93
2.	EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO COMO PRINCIPIO DEL DERECHO Y FUENTE DE LAS OBLIGACIONES.....	94
2.1.	El Enriquecimiento Injusto como construcción jurisprudencial.....	94
2.2.	Enriquecimiento Injusto en la doctrina chilena.....	95
3.	REQUISITOS DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO EN EL DERECHO CHILENO.....	96
3.1.	Postura de Gonzalo Figueroa Yáñez.....	96
3.2.	Postura de Fernando Fueyo.....	97
3.2.1.	Aplicación de la <i>actio in rem verso</i>	98
3.3.	Postura de Daniel Peñailillo.....	99
3.4.	Conclusiones.....	101
4.	CONCLUSIONES.....	101
CAPÍTULO III		
LA NATURALEZA JURÍDICA DEL COMISO DE GANANCIAS.....		104

I.	EL COMISO DE GANANCIAS COMO PENA ACCESORIA, MEDIDA DE SEGURIDAD Y CONSECUENCIA ACCESORIA.....	105
1.	EL COMISO DE GANANCIAS COMO PENA.....	105
1.1.	La pena y sus teorías de justificación.....	106
1.2.	Conductas punibles y sus requisitos.....	108
1.3.	Limitaciones del comiso de ganancias como pena.....	109
1.3.1.	El Principio de Culpabilidad.....	110
1.3.2.	El Principio de Personalidad de la pena.....	111
1.4.	Conclusiones.....	112
2.	EL COMISO DE GANANCIAS COMO MEDIDA DE SEGURIDAD.....	113
3.	EL COMISO DE GANANCIAS COMO CONSECUENCIA ACCESORIA.....	114
II.	EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO COMO FUNDAMENTO DEL COMISO DE GANANCIAS.....	116
1.	INTOLERANCIA A UNA SITUACIÓN PATRIMONIAL ILÍCITA.....	117
2.	NORMA DE DERECHO PÚBLICO CONSTRUIDA DESDE EL DERECHO CIVIL.....	118
3.	SUPERACIÓN DE LIMITACIONES DE APLICACIÓN DEL COMISO DE GANANCIAS.....	120
3.1.	No se requiere sentencia penal condenatoria.....	120
3.2.	Aplicación del comiso de ganancias a terceros.....	121
3.3.	Su aplicación en conjunto a sanciones penales no vulnera el principio de <i>non bis in ídem</i>	122
3.4.	Presunción de inocencia e inversión de la carga de la prueba.....	122
4.	CONCLUSIONES.....	124

III.	CONFIGURACIÓN MODERNA DE LA FIGURA DEL COMISO.....	125
1.	COMISO AMPLIADO.....	125
2.	COMISO SUSTITUTIVO O DE REEMPLAZO.....	130
3.	COMISO POR VALOR EQUIVALENTE.....	130
IV.	TRATAMIENTO DEL COMISO DE GANANCIAS EN LA LEGISLACIÓN ACTUAL CHILENA Y EN LAS PROPUESTAS DE ANTEPROYECTOS DE CÓDIGO PENAL.	131
1.	EL COMISO DE GANANCIAS COMO PENA EN EL DERECHO CHILENO.....	131
2.	JURISPRUDENCIA CHILENA RELACIONADA CON EL COMISO DE GANANCIAS.....	132
2.1.	El Caso “Schwager”.....	133
2.2.	El Caso “Inverlink”.....	135
2.3.	El Caso “Riggs”.....	138
3.	ANTEPROYECTOS DE CÓDIGO PENAL Y EL PROYECTO DE CODIGO PENAL TIPO PARA AMÉRICA LATINA.....	141
3.1.	Código Penal tipo para Latinoamérica (1973).....	141
3.2.	Anteproyecto de Código Penal de 2005 elaborado por la Comisión Foro Penal..	142
3.3.	Anteproyecto de Comisión para un Nuevo Código Penal (2013).....	143
4.	CONCLUSIONES.....	146
V.	CONCLUSIONES.....	147
 CAPÍTULO IV		
CONCLUSIONES.....		149
BIBLIOGRAFÍA.....		156

RESUMEN

Los delitos económicos asociados a la actividad empresarial - delitos de “cuello blanco” – han marcado a la opinión pública de la sociedad chilena. Para responsabilizar a aquellos que incurren en dichas prácticas se deben enfrentar dos aristas: (i) la impunidad penal asociada a estos delitos, discusión que versa sobre la tipificación de éstos y sus respectivas penas y; (ii) el tratamiento de las ganancias ilícitas producidas por la actividad delictual. La presente Memoria pretende abordar el tratamiento de las ganancias ilícitas mediante el comiso de ganancias.

En el primer capítulo, se analizará la legislación penal que regula el comiso de ganancias, dando cuenta de la falta de una regulación sistemática de la institución. En el segundo capítulo, en virtud que el fundamento del comiso de ganancias es la corrección de la situación patrimonial que se altera con un hecho ilícito, se analizará el desarrollo dogmático del enriquecimiento injusto a partir de las *condictiones* del derecho romano y la tipificación actualizada de éstas en el derecho alemán y español, el desarrollo del enriquecimiento injusto en el derecho comparado y cómo el derecho chileno ha adoptado al enriquecimiento injusto, siendo conteste la doctrina nacional en la necesidad de reformarlo. Este capítulo permitirá demostrar la compatibilidad entre el desarrollo dogmático del comiso de ganancias como del principio de enriquecimiento injusto, para que este último sea fundamento del primero.

En el tercer capítulo, se analizará la naturaleza jurídica del comiso de ganancias en el derecho comparado, siendo tratado como una pena, medida de seguridad, consecuencia accesoria e institución *sui generis*. Finalmente, se plantea como conclusión la necesidad de una *lege ferenda* sobre el comiso de ganancias en nuestro país, debiéndose regular como norma de derecho público cuyo fundamento se encuentra en el enriquecimiento injusto, permitiendo enfrentar todo hecho ilícito que produce ganancias ilícitas.

INTRODUCCIÓN

Es posible observar que en la sociedad chilena actual existe indignación por una serie de actividades empresariales consideradas como injustas por la opinión pública de nuestro país: financiamiento irregular a campañas políticas mediante delitos tributarios de grandes grupos económicos como el “Caso Penta” y “Caso Soquimich”, cohecho como en el “Caso Caval” y “Caso Corpesca”, colusiones en distintos rubros, como en los “Casos de las Farmacias”, “Caso Pollos” y “Caso Supermercados”, y también existen históricas casos de corrupción de funcionarios públicos como el “Caso Riggs”. En la mayoría de estos casos, existe una sensación de “impunidad” respecto al ámbito penal¹ como también respecto al tratamiento de las ganancias producidas ilícitamente mediante estos “delitos de cuello blanco”².

La impunidad penal de las actividades empresariales se ha atribuido a un tratamiento privilegiado del Derecho Penal chileno: para muchos de estos delitos el legislador no consideró penas privativas de libertad, lo cual contrasta con la desproporcionalidad de las penas con las que se sanciona delitos contra la “pequeña propiedad”. Dicho tratamiento privilegiado para los “poderosos” sería una opción y no una falta de actualización del Derecho Penal³.

Asimismo, el tratamiento de las ganancias producidas por estas actividades ilícitas ha contribuido a esta situación de impunidad. De esa forma, aún cuando el Derecho Administrativo Sancionador en algunos casos establece penas de multa para ciertas actividades empresariales ilícitas, como sucede en casos de atentados contra la libre competencia, éstas resultan insuficientes⁴. Debido a esto, podemos decir que la actividad empresarial ilícita en Chile es rentable.

Así, la persecución penal de los delitos cometidos por “delincuentes de cuello blanco” ha sido estéril con la legislación actual, por tanto, es necesario buscar mecanismos efectivos que permitan la prevención,

¹ WINTER, Jaime. Derecho Penal e Impunidad Empresarial en Chile. Revista de Estudios de la Justicia (19): 91-125, 2013. 93p.

² Durante la 34ª reunión anual de la Sociedad Americana de Sociología, celebrada en Filadelfia en 1939, Edwin Sutherland dictó una conferencia titulada “El criminal de cuello blanco”, en la cual acuñó el concepto de “delito de cuello blanco” (*white collar crime*) que puede ser definido como un delito cometido por una persona de respetabilidad y alto estatus social en el curso de sus ocupaciones.

³ WINTER. J. *loc. cit.*

⁴ Un caso paradigmático que evidencia esta situación y que ha tenido gran impacto en la opinión pública chilena es el “Caso Pollos”, en el cual el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia luego de acreditar la colusión de las empresas Agrosuper, Ariztía y Don Pollo, mediante la coordinación a través de su organización gremial denominada Asociación de Productores Avícolas de Chile, las multó por un total de USD 58 millones, cuando sus ganancias ilícitas fueron calculadas en más de USD 1.200 millones. A pesar de aplicar la pena máxima a dos empresas (30.000 Unidades Tributarias Anuales, equivalente a USD 24 millones), dicha multa fue sumamente insuficiente. Corte Suprema, Rol N° 27.181-2014, de fecha 29 de octubre de 2015.

pero también la responsabilización de aquellos que incurren en este tipo de delitos⁵. Estos mecanismos deberán hacerse cargo de dos problemas: (i) la impunidad penal asociado a estos delitos, principalmente, en cuanto a la tipificación de éstos y sus respectivas penas y; (ii) al tratamiento de las ganancias ilícitas producidas por la actividad delictual.

La presente Memoria sólo abordará una propuesta de tratamiento a las ganancias obtenidas ilícitamente por la actividad delictual a través del comiso de ganancias, dejando para otros estudios dogmáticos la discusión sobre la tipificación de los delitos económicos en la legislación chilena y sus respectivas penas.

En este contexto, el comiso de ganancias, institución que será analizada en la presente Memoria, cumple un rol fundamental en esta discusión, pues el foco de ésta medida está puesto en corregir la situación patrimonial que se altera con un delito de ese tipo, impidiendo la obtención de determinados beneficios económicos de forma ilícita.

El comiso de ganancias produce la privación de los beneficios obtenidos por actividades delictivas asignándolos al Estado, teniendo una función político criminal en la persecución de la criminalidad organizada y, en general, de toda delincuencia con matices económicos.

Por esto, en los últimos años esta institución ha adquirido una relevancia que no presentaba en épocas anteriores. Sumado a lo anterior, otra razón de ello consistía en que el proceso penal se dirigía en esencia a la sanción del delito y no a la privación de los bienes procedentes del mismo.

Hoy en día se destaca que el comiso constituye un instrumento de enorme eficacia para hacer frente a la criminalidad económica, la corrupción y el crimen organizado. Por ello, esta institución ha evolucionado de forma vertiginosa en Europa, y ha alcanzado una capacidad expansiva sin precedentes⁶.

Sin embargo, dicho desarrollo de la institución en el derecho comparado aún no tiene una repercusión en nuestra legislación nacional. El comiso de ganancias sólo ha sido regulado en leyes especiales, como lo es la Ley de Lavado de Activos (19.913), Ley de Tráfico Ilícito de Estupefacientes y otras sustancias sicotrópicas (20.000) y en la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas (20.393), no teniendo una regulación general que permita aplicarlo en el resto de delitos donde se verifica un enriquecimiento ilícito. Por otra parte, aún cuando el artículo 31 del Código Penal establece una

⁵ MAPELLI, Borja. Las consecuencias accesorias en el Nuevo Código Penal. Revista Penal (1): 43-54, 1998. 43p.

⁶ BLANCO, Isidoro. La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos de obra pública obtenidos mediante soborno de funcionarios públicos. Revista de Estudios Penales y Criminológicos (27): 39-75, 2007. 41p.

regulación del comiso, éste sólo hace referencia al comiso de “instrumentos y de efectos”, lo que lo hace insuficiente, pues sigue tratando al comiso como pena, lo cual tiene limitaciones en los principios de culpabilidad y de personalidad de ésta, no obstante, exista una posición reciente en la doctrina⁷ y jurisprudencia⁸ que considera subsumido el comiso de ganancias en el comiso de efectos.

Asimismo, en el Derecho Civil no se encuentra una acción general frente al enriquecimiento injusto que permita privar a los delincuentes del beneficio económico obtenido ilícitamente por la comisión del delito. Esto se debe principalmente a que la construcción del principio de enriquecimiento sin causa en la legislación nacional se ha basado en la tradición francesa, exigiendo como requisito un empobrecimiento correlativo al enriquecimiento sin presentarse causa, a diferencia del derecho alemán, en el cual el elemento trascendental es el enriquecimiento injusto, aún cuando no se verifique un empobrecimiento correlativo.

De esa forma, ante la falta de una regulación civil y penal que nos permita combatir efectivamente a los delitos empresariales, la presente Memoria tiene por objeto contribuir al escaso estudio dogmático del comiso de ganancias, abordando en específico la regulación de dicha materia en nuestra legislación y planteando como hipótesis que el comiso de ganancias debe ser regulado como una institución que pueda ser aplicada a todos los delitos y actos ilícitos que producen ganancias ilícitas y no sólo a un restrictivo catálogo de delitos como sucede en la legislación chilena actual. Para esta aplicación extensiva del comiso de ganancias será fundamental reconocer su fundamento en el principio de intolerancia al enriquecimiento injusto.

Para cumplir este propósito, en el primer capítulo, se analizará la regulación actual respecto al comiso de ganancias. Se analizarán las insuficiencias que presenta en esta materia el Código Penal (principalmente mediante la regulación del artículo 31). Asimismo, se analizarán las leyes penales especiales que regulan el comiso de ganancias, como también se revisará la ausencia de esta institución en toda la normativa que trata al comiso como pena, y aquella que se pronuncia sobre las ganancias generadas por el delito, en el ámbito del Derecho Penal como también del Derecho Administrativo Sancionador, incluyendo el análisis de la Ley N° 20.495 que perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia.

⁷ Vid. ANANÍAS, Ignacio. El comiso de ganancias. Revista de Estudios de la Justicia (21): 155-196, 2014; ANANÍAS, Ignacio. El comiso de ganancias en el Código Penal chileno. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2012.

⁸ Corte Suprema contra Carlos Silva Leiva y otros (recurso de casación en el fondo; resolución N° 51.297). Rol 7840-2010, de 25 de junio de 2012 (considerando 24 y 25) *apud* ANANÍAS, I. «El comiso de ganancias», *op. cit.* 186p.

El segundo capítulo abordará el principio de enriquecimiento injusto, analizando en primer lugar los diferentes nombres que tiene este principio, influenciado por las distintas tradiciones jurídicas y tratamientos que ha dado el derecho comparado a este principio. Para esto, se realizará un estudio de las *condictiones* romanas, donde se encuentra el origen del principio de intolerancia al enriquecimiento injusto. Luego se analizará el desarrollo de éste en las tradiciones jurídicas de Alemania y Francia, principalmente, siendo esta última tradición la adoptada por nuestra legislación nacional. Posteriormente, se analizará la regulación de este principio en el Derecho nacional y la inexistencia de una acción general frente al enriquecimiento injusto asociado a la comisión de un delito. Finalmente, se desarrollará un análisis de la tipología actual de las *condictiones*, lo que nos permitirá acercarnos al entendimiento y tratamiento común del principio de enriquecimiento injusto en las distintas tradiciones jurídicas, y de esa forma reconducir la naturaleza jurídica del comiso de ganancias al principio de intolerancia a un enriquecimiento injusto.

El tercer capítulo analizará la naturaleza jurídica que se le ha atribuido al comiso de ganancias, que ha radicado en tratarlo como una pena, como una medida de seguridad, como una consecuencia jurídica accesoria o como una medida de derecho público cuyo fundamento se encuentra en el principio de enriquecimiento injusto. La determinación de su naturaleza tiene implicancias importantes respecto a su aplicación, como se revisará al momento de discutir los principios de personalidad y de culpabilidad, propios del tratamiento del comiso como pena, tal como sucede en la legislación nacional.

Finalmente, el cuarto capítulo contendrá las conclusiones del autor sobre el comiso de ganancias y la necesidad de una reforma de *lege ferenda*, con el objeto de que esta institución se pueda aplicar como un arma efectiva en investigaciones propias del Derecho Penal, como también del Derecho Administrativo Sancionador, contribuyendo a avanzar en una regulación que combata eficazmente a los delitos empresariales.

CAPÍTULO I

REGULACIÓN DEL COMISO DE GANANCIAS EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

El presente capítulo ofrecerá un análisis de la regulación del comiso de ganancias en el Derecho Penal chileno. Asimismo, se abordará la regulación del comiso en el Derecho Administrativo Sancionador y en el Derecho Penal, como también la regulación de las ganancias obtenidas ilícitamente.

Para cumplir dicho objetivo, en la primera sección se realizará una aproximación al concepto del comiso y luego se analizará la regulación que ha recibido en nuestro ordenamiento jurídico, distinguiendo entre el comiso de instrumentos, de efectos y de ganancias.

Posteriormente, se analizarán las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales que incluyen al comiso de ganancias en el comiso de efectos regulado en el artículo 31 del Código Penal. Asimismo, se analizarán las leyes penales especiales que establecen una regulación particular del comiso de ganancias.

Luego, se analizará el tratamiento del comiso en diferentes normativas, en su mayoría propias del Derecho Administrativo Sancionador. Además, se revisará el tratamiento que han recibido las ganancias obtenidas ilícitamente en materia de libre competencia.

Finalmente, se ofrecerán las conclusiones del presente capítulo a partir de la regulación del comiso de ganancias en las normas del Derecho Penal y del Derecho Administrativo Sancionador chileno.

I. APROXIMACIONES AL CONCEPTO DE COMISO.

1. INTRODUCCIÓN.

El comiso es quizás una de las instituciones a la que se le ha dedicado menor atención en los estudios dogmáticos nacionales. Ha sido abordada sin mayor profundidad en los Manuales de Derecho Penal Parte General⁹ a propósito de su regulación como pena accesoria en los artículos 21 y 31 del Código

⁹ Vid. CURY, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 8ª ed. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005; ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal*. 3ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998. Tomo II; GARRIDO, Mario. Derecho Penal. Parte General. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001. Tomo I; HERNÁNDEZ, Héctor. “*Comentario al artículo 31 CP*”. En: COUSO, Jaime. HERNÁNDEZ, Héctor. Código Penal comentado. Parte General. Doctrina y jurisprudencia. Santiago, Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile. Universidad Diego Portales, 2011. pp. 481-485; LABATUT, Gustavo. Derecho Penal. 4ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1963. Tomo I; NOVOA, Eduardo. Curso de Derecho

Penal chileno (CP en adelante). A su vez, esta materia se ha tratado en escasos estudios especializados. Esta escasez de estudios dogmáticos que aborden la figura del comiso es aún mayor cuando se habla sobre el comiso de ganancias.

A pesar del escenario poco alentador en el derecho nacional, la situación es totalmente diferente en el derecho comparado, donde el comiso y el comiso de ganancias en especial, han suscitado un gran interés para enfrentar a los delitos económicos, principalmente, a aquellos asociados a la criminalidad organizada.

El “Derecho penal clásico”, que tenía su foco en la denominada “pequeña delincuencia”¹⁰ (homicidios y robos), no cuenta con instrumentos jurídicos efectivos para hacer frente a los delitos propios de una sociedad moderna globalizada, que se han vuelto más complejos y cuyo principal móvil ha sido el lucro¹¹.

Estos delitos de carácter económico tienen una importante incidencia en la vida económica y política de los Estados y están asociados a la criminalidad organizada, muchas veces transnacional, cuyo principal móvil es de carácter económico, aun cuando pueden afectar a otros bienes jurídicos, como sucede en el tráfico de personas, de estupefacientes o de armas. Asimismo, estos delitos muchas veces pueden catalogarse como “delitos de cuello blanco”, y estar asociados de esa forma a la criminalidad organizada de los “poderosos”. Ejemplo de esto son el cohecho, fraudes tributarios, lavado de activos, entre otros delitos.

En este contexto, el derecho comparado y supranacional han recurrido al comiso para combatir la criminalidad organizada y los delitos económicos en general, pues esta figura jurídica es capaz de atacar directamente la situación patrimonial ilícita, e inclusive en el caso del comiso de ganancias, se le ha considerado como una herramienta efectiva en la recuperación de activos.

Penal Chileno. Parte General. 3ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005. Tomo II; POLITOFF Lifschitz, Sergio. Texto y comentario del Código Penal chileno. Libro Primero-Parte General. Artículos 1º al 105. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, Tomo I.

¹⁰ FOUCAULT, Michel. Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión. Traducido por Aurelio Garzón. 1ª ed. Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2002. 80p.

¹¹ SILVA S., Jesús. La expansión del Derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades posindustriales. 2ª Edición. Madrid, Civitas, 2001. 83p.

En este sentido, las Naciones Unidas considera al comiso como “un arma estratégica, un poderoso desincentivo económico de la delincuencia organizada con el fin de obtener ganancias, y un medio de identificar y eliminar las ventajas financieras y el consiguiente poder de la conducta antisocial”¹².

Esta posición se ha visto reforzada por el Derecho supranacional, principalmente, mediante Convenciones Internacionales de las Naciones Unidas para combatir a la criminalidad organizada, tales como la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Viena, 1988), Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (Palermo, 2000) y Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción (Mérida, 2003). Estos instrumentos supranacionales consideran al comiso como una pieza fundamental en el diseño de una política criminal que destruya el patrimonio ilícito.

Luego, ante la situación política y social que enfrenta nuestro país, donde existe una gran cantidad de delitos económicos cometidos por grandes grupos empresariales y políticos como los casos de colusión (Caso “Pollos”, Cartel del “Confort”), de cohecho (Caso “Caval”, Caso “Penta”, Caso “Jaime Orpis”) y de financiamiento irregular de la política mediante delitos tributarios (Caso “Penta”, Caso “Soquimich”, entre otros), el comiso de ganancias puede representar una solución al tratamiento que debiesen tener las ganancias ilícitas generadas por la actividad delictual. La impunidad penal es un tema que debe abordarse, sin embargo, no será materia de este trabajo, el cual sólo pretende contribuir a la discusión sobre el tratamiento de las ganancias ilícitas mediante la medida del comiso de ganancias.

1. EL CONCEPTO DE COMISO

2.1. Introducción

El vocablo latino *commisum*, en el Derecho Romano antiguo, hacía alusión a la pena de perder los objetos que se utilizaban en las actividades ilícitas¹³. Esto ha llevado a que la doctrina contemporánea defina al comiso como la pérdida de los efectos, objetos y ganancias relacionados con la infracción delictiva¹⁴.

¹² NACIONES UNIDAS. Prevención del delito y la justicia penal en el contexto de desarrollo: realidades y perspectivas de la cooperación internacional. Revista internacional de política criminal (41-42): 1-22, 1993. 15p.

¹³ GARCÍA DE DIEGO, Vicente. Diccionario Etimológico Español e Hispánico. 2ª ed. Madrid, Espasa-Calpe, 1985, 592p *apud* CASTILLO, Marcelo. El comiso como instrumento para la recuperación de activos producto de la corrupción: su desaprovechada reforma mediante Ley Orgánica 5/2010. *En*: Zúñiga, Laura, GORJÓN, María C., FERNÁNDEZ, Julio. La Reforma Penal de 2010. Salamanca, Ed. Ratio Legis, 2011, 96p.

¹⁴ VARGAS G., Patricia. 2012. El Comiso del Patrimonio Criminal. Tesis Doctoral. Salamanca, Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho. 21p.

A partir de esta definición, la doctrina considera que el comiso produciría un cambio de la titularidad de los efectos, instrumentos y ganancias perdidas que se traslada directa e inmediatamente a favor del Estado, siendo éste uno de los elementos esenciales que caracterizaría a la institución.

En la antigüedad, paralelamente a los comisos ligados a las ideas religiosas expiatorias, los delitos cometidos con fines de lucro usualmente eran castigados con comisos proporcionales al enriquecimiento producido¹⁵.

Con la modernidad y el desarrollo de las sociedades industriales, la propiedad privada comenzó a protegerse de sobremanera, pues simbolizaba un instrumento vital para alcanzar el poder. Esta situación se cristaliza a partir de la Revolución Francesa, con su Declaración Universal de los Derechos Humanos. Esto aumentó la desconfianza de la burguesía emergente frente a cualquier privación de la propiedad privada, por lo cual el comiso como pena sólo quedó restringido a los instrumentos y efectos del delito¹⁶. Esto ha llevado a algunos autores, como Novoa Monreal, a sostener que es más fácil privar de la libertad a una persona, que privarla de sus bienes¹⁷.

Dicha restricción a la pena del comiso fue recogida por los codificadores penales europeos, quienes a lo largo del siglo XIX, establecieron al comiso como pena accesoria a ser aplicada sólo frente a los instrumentos y efectos del delito. Un ejemplo de esto es el Código Penal Español de 1848, del cual el Código Penal chileno adoptaría una redacción prácticamente idéntica.

Sin embargo, como se mencionaba anteriormente a partir de los años ochenta la medida del comiso suscitó un nuevo interés en el derecho comparado y en la normativa supranacional, pues resultaba ser uno de los pocos instrumentos efectivos para combatir a la criminalidad organizada y a los delitos económicos en las sociedades contemporáneas globalizadas. Asimismo, el fundamento del comiso dejó de ser el fundamento de la pena, justificándose en esta nueva etapa en el principio de intolerancia al enriquecimiento injusto, lo cual ha permitido aplicar esta medida sin la necesidad de aplicar el principio de culpabilidad ni el de personalidad, propios de la pena, e inclusive permitiendo alterar la carga probatoria, cuestión antes impensada.

¹⁵ RECUPERACIÓN DE ACTIVOS de la corrupción. 2008. Por Guillermo Jorge “et al”. Buenos Aires, Editores del Puerto. 67p. *apud* CASTILLO, Marcelo, *loc. cit.*

¹⁶ CASTILLO, M., *op. cit.*, 97p.

¹⁷ NOVOA MONREAL, Eduardo. El derecho de propiedad privada. Bogotá, Temis, 1979. 5p.

Bajo dicho contexto, el comiso es una institución presente en la legislación de muchos países, mostrando diversos límites y contenidos. En el caso de nuestra legislación, no se encuentra un desarrollo acabado de esta institución ni una definición legal que permita vislumbrar todos sus elementos. Debido a esto, para lograr una mayor explicación del alcance del concepto es útil recurrir al derecho comparado.

En el caso del derecho español, el artículo 127 de su Código Penal permite conceptualizar el comiso, pues entrega la información necesaria para construir una definición de éste. Esta disposición define al comiso “como la pérdida a favor del Estado del derecho que tiene el condenado o un tercero (en ciertas circunstancias), sobre los efectos procedentes de un delito o falta dolosos, o de un delito imprudente cuya pena sea superior a un año de prisión; de los instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes de aquel delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar”¹⁸.

Este artículo se encuentra inserto en la teoría de las consecuencias accesorias del Código Penal español, donde se encuentran comprendidos el comiso de los efectos e instrumentos del delito, el comiso de las ganancias y otras medidas aplicables a empresas y asociaciones y organizaciones delictivas.

Como podemos apreciar, el Código Penal español reconoce el comiso de los instrumentos, efectos y ganancias, tratándolos conjuntamente. Una situación distinta encontramos en otros países, como Alemania y Suiza, cuyas legislaciones tratan separadamente el comiso de instrumentos y efectos del comiso de ganancias. En esa línea, Jescheck y Weigend sostienen que el comiso de ganancias consistiría en “*la exacción de ventajas patrimoniales obtenidas ilícitamente y con ello, también, mediatamente, de la prevención del delito (crime doesn't pay)*”; mientras que el comiso de instrumentos y efectos diría relación con que “*la colectividad debe ser protegida frente a objetos peligrosos (por ejemplo, armas, drogas, moneda falsa)*”¹⁹. Dicho tratamiento separado estaría fundamentado por la orientación teleológica distinta que tienen ambas figuras.

En nuestro derecho nacional, a pesar de la escasa regulación del comiso, la legislación, doctrina y jurisprudencia nacional han sido disímiles al considerar los límites del comiso. La norma fundamental en esta materia es el artículo 31 del Código Penal, el cual ha dado lugar a diferentes interpretaciones. Una parte de la doctrina considera que la interpretación de este artículo sería estricta, considerando sólo

¹⁸ VARGAS G., P. *op. cit.*, 22p.

¹⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich. WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Traducido por Miguel Olmedo. 5ª edición renovada y ampliada. Granada, Editorial Comares S.L., 2002, 850p.

los *instrumentos y efectos del delito*; en cambio, otra parte de la doctrina²⁰, incluyendo un fallo de la Corte Suprema²¹, realizan una interpretación extensiva, considerando que el comiso de los *efectos* también incluiría el comiso de las ganancias.

Como se verá en la presente Memoria, el Código Penal chileno no contiene una norma que dé solución en forma clara a esta discusión, por lo cual, para conceptualizar las diferencias entre el comiso de instrumentos, efectos y ganancias, debemos recurrir a la doctrina y al derecho comparado, no sin antes distinguir entre el comiso y la confiscación, pues estos conceptos muchas veces han sido confundidos en las discusiones legislativas.

2.2. Diferencias entre el comiso y la confiscación

Es común encontrar confusiones respecto a los conceptos de comiso y confiscación. Una de las razones sería la traducción del comiso desde el idioma inglés, donde se utiliza el concepto de *confiscation*, y en el caso del comiso de ganancias, *confiscation of proceeds*.

Sin embargo, estas son dos instituciones distintas. El comiso consiste en la pérdida de determinados bienes, mientras que la confiscación es la pena que implica la privación total de bienes contra quien se aplica, siendo asumidos los bienes por el Fisco. Así, mientras el comiso sólo afecta a los bienes y ganancias asociadas a la comisión del delito, la confiscación priva al condenado de todo bien, sin importar su relación como instrumento, efecto o ganancia del delito.

Asimismo, la confiscación es una sanción que ha sido abandonada por las legislaciones, incluyendo a nuestro país, donde se encuentra prohibida por un mandato constitucional establecido en el artículo 19 N° 7 letra g), el cual dispone que: “No podrá imponerse la pena de **confiscación** de bienes, sin perjuicio del comiso en los casos establecidos por las leyes; pero dicha pena será procedente respecto de las asociaciones ilícitas”. Por el contrario, el comiso es una institución que ha cobrado relevancia como mecanismo efectivo contra la criminalidad organizada, principalmente, para despojarlos de las ganancias ilícitas que generan.

²⁰ Vid. ANANÍAS, Ignacio. El comiso de ganancias. Revista de Estudios de la Justicia (21): 155-196, 2014; ANANÍAS Z., Ignacio. El comiso de ganancias en el Código Penal chileno. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile. Facultad de Derecho, 2012.

²¹ Corte Suprema contra Carlos Silva Leiva y otros (recurso de casación en el fondo; resolución N° 51.297). Rol 7840-2010, de 25 de junio de 2012 (considerando 24 y 25).

2. EL COMISO DE INSTRUMENTOS Y DE EFECTOS

3.1. El comiso de instrumentos

Los instrumentos son los bienes empleados o destinados a ser empleados en la comisión de delitos. La doctrina es uniforme al tratar a este concepto, entendiéndolo que comprende tanto los utilizados para cometer una infracción, como aquellos a los que sin darles ese uso, están dispuestos para ese fin.

De esta forma, se puede definir como instrumentos (*instrumenta sceleris*) los objetos que, puestos en relación de medio a fin con la infracción, hayan servido para su ejecución. Por ejemplo, las armas con que se haya ejecutado la muerte o lesiones corporales, los útiles que se hayan empleado para la comisión del robo, o los medios de que se haya servido el falsificador²².

A su vez, deben excluirse aquellos objetos que tan sólo se refieren a la ejecución del hecho y cuyo uso se encuentra comprendido en el supuesto de hecho de la norma. Por ejemplo, no puede ser decomisado el vehículo que el autor conduce sin permiso para ello, ni las armas para las que el autor no poseía licencia²³. Por otro lado, debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad al momento de aplicar la institución del comiso, el cual sólo debe comprender los objetos que fueron empleados o se encuentran relacionados con las acciones a las que son objetivamente imputables a la realización del delito²⁴.

El fundamento del comiso de instrumentos lo encontramos en la peligrosidad de los objetos y en el propósito de prevenir su empleo en la comisión de nuevas infracciones. Sin embargo, en diversas legislaciones el comiso de los efectos e instrumentos del delito es tratado como una pena, como sucede en la legislación chilena, lo cual genera una serie de problemas que dicen relación con el principio de personalidad de la pena y también con la necesidad de probar la culpabilidad del autor.

3.2. El comiso de efectos

La doctrina considera *efectos* provenientes del delito o falta, los bienes producidos, transformados o manipulados desde la propia conducta constitutiva de la infracción. A diferencia de la doctrina dominante en el derecho comparado a favor de la definición anterior, la doctrina nacional es disímil al momento de establecer los elementos que incluye el concepto de *efectos*, pues la legislación nacional sólo realiza una

²² GRACIA, Luis. Lecciones de consecuencias jurídicas del delito. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2004. 397p.

²³ JESCHECK, H. WEIGEND, T. *op. cit.*, 858p.

²⁴ ANANÍAS, I. «El comiso de ganancias en el Código Penal chileno», *op. cit.*, 115p.

referencia al comiso de *efectos* en el artículo 31 del Código Penal, donde se habla de la “pérdida de los *efectos* que de él provengan”.

El concepto de *efectos* provenientes del delito (*productus sceleris*), según la opinión mayoritaria, comprende a los objetos que hayan sido **producidos** mediante la acción delictiva, por ejemplo, los alimentos adulterados o la moneda o documentos falsificados. Para Manzanares Samaniego, el término efecto alude al resultado de la infracción criminal: “... *el fruto de ella en el sentido de que se obtiene algo que no se tenía antes*”²⁵. Según esta parte de la doctrina, no pueden considerarse efectos del delito, y por tanto ser decomisados, las cosas materiales que constituyen el objeto del delito. Por ejemplo, las cosas que hayan sido hurtadas o robadas (*scelere quaesita*). Esta exclusión parece lógica y obligada en la mayor parte de los casos en que el objeto material esté representado por una cosa que será perteneciente a la propia víctima²⁶. Tampoco se considerará efecto del delito los bienes obtenidos mediante un *productus sceleris*, por ejemplo, lo comprado con dinero falso (*fructus sceleris*).

El fundamento del comiso de los efectos, al igual que el comiso de los instrumentos, es la peligrosidad objetiva de la cosa y se orienta a impedir que aquélla sea utilizada en el futuro para la comisión de nuevos delitos.

3.3. Elementos comunes al comiso de instrumentos y efectos

Los comisos de efectos e instrumentos son la primera clase de comiso que distinguió la doctrina y legislación en diversos países. Tanto en el comiso de instrumentos como en el de los efectos, se puede apreciar un fundamento común: la peligrosidad objetiva de la cosa, evitando así que sea utilizada para la comisión de nuevos delitos.

En un principio, el comiso fue considerado en diversas legislaciones como una pena, la cual tiene su fundamentación en la culpabilidad del autor. Sin embargo, con el desarrollo de la doctrina penal, como también de la política criminal, fue necesario desarrollar la institución del comiso para una aplicación efectiva de éste.

²⁵ MANZANARES S., José. Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia. Granada, Editorial Comares, 2010. Tomo I, Parte General, 927p.

²⁶ GRACIA, L., *op. cit.*, 398p.

Regular al comiso como una pena tiene una serie de complicaciones que dicen relación con la aplicación de esta institución. Por una parte, sólo podría ser aplicado al sujeto que hubiera obrado culpablemente, pero no a quién habiendo realizado una acción típica y antijurídica, fuera declarado exento de responsabilidad criminal por ausencia de culpabilidad. Por ejemplo, por tratarse de un inimputable. Por otra parte, la pena tiene un carácter personalísimo, por lo cual únicamente cabría aplicar la de comiso al sujeto responsable de la infracción penal y, por tanto, sólo con respecto a instrumentos y efectos del delito pertenecientes a él, pero no respecto a los instrumentos que, habiendo sido utilizados por el culpable para la comisión del delito, fueran propiedad de un tercero no responsable del delito²⁷.

Así, el comiso encuentra su fundamento en la peligrosidad *objetiva* de la cosa y se orienta a impedir que aquélla sea utilizada en el futuro para la comisión de nuevos delitos, y no sólo por el autor sino también por otros sujetos. La peligrosidad objetiva de la cosa y la probabilidad de su utilización en el futuro para la comisión de delitos no lleva aparejada necesariamente la peligrosidad criminal del autor que la utilizó para cometer el delito, por eso no debe ser tratado el comiso como una pena o medida de seguridad, lo cual impediría la aplicación de esta medida a terceros.

Esto ha llevado a sostener a algunos autores, como Gracia Martín, que el comiso no sería una institución del Derecho Penal, sino que se trataría de “medidas de carácter administrativo o de naturaleza civil, cuyo presupuesto es la peligrosidad objetiva de determinadas cosas materiales y que se orientan a prevenir la utilización de las mismas en el futuro para la comisión de nuevos delitos”²⁸.

Por tanto, para su aplicación debería bastar con la previa realización de un hecho típico y antijurídico sirviéndose de tales objetos peligrosos y con el pronóstico de probabilidad de que pudieran ser utilizados en el futuro para la comisión de nuevos delitos, sin necesidad de que el autor del hecho previo fuera además culpable, y sin necesidad asimismo de que los citados instrumentos tuvieran que pertenecer forzosamente a aquél. Esto implica que en el caso de que los objetos peligrosos pertenezcan a terceros sólo sería procedente el comiso cuando éstos u otras personas en su nombre tengan deberes de vigilancia sobre ellos y no ofrezcan garantías suficientes de que no serán utilizados por ellos mismos o por otros para la comisión de delitos en el futuro²⁹.

²⁷ *Id.*, 391p.

²⁸ *Id.*, 394p.

²⁹ *Ibid.*

3. EL COMISO DE GANANCIAS.

El comiso de ganancias es una medida que produce la privación de los beneficios obtenidos por actividades delictivas asignándolos al Estado, teniendo una función político criminal en la persecución de la criminalidad organizada y, en general, de toda delincuencia con matices económicos.

Si bien el derecho comparado y nacional, en primera instancia, sólo reconocían la existencia del comiso de los efectos y de los instrumentos, la realidad de la criminalidad actual ha forzado la introducción de la medida del comiso de ganancias.

Existe un gran número de delitos, sobre todo aquellos de índole patrimonial y económica, que producen un provecho o beneficio, bien sea para los sujetos criminalmente responsables o para otros sujetos extraños al delito³⁰. Para evitar el aprovechamiento de dichos beneficios o ganancias adquiridas ilícitamente, se ha diseñado una política criminal dirigida a privar a los delincuentes que cometen dichos delitos (muchas veces asociados a la criminalidad organizada y delitos de cuello blanco), donde el comiso de ganancias juega un rol preponderante, pues las respuestas tradicionales al delito tales como la pena privativa de libertad y la de multa, no han resultado ser muy eficaces. En definitiva, el comiso de ganancias se trataría de una medida de Derecho civil tendiente a impedir el enriquecimiento sin causa, o más bien, siendo más específicos, el enriquecimiento injusto.

Esta institución ha sido ampliamente discutida en la doctrina extranjera, y a partir del desarrollo del comiso de ganancias se ha esperado superar las dificultades que se presentaban en su aplicación práctica, sobre todo de carácter probatorio. Por eso se está dando a esta institución una configuración más moderna, que pretende facilitar la prueba del origen delictivo de los bienes³¹. De esta forma Gracia Martín señala que:

“el comiso de las ganancias no puede estar sometido a los mismos principios que el comiso de los instrumentos y efectos del delito. Su fundamento y sus fines son distintos. *‘Lo característico de este comiso – dice con razón Manzanares Samaniego – es su objeto, que, como ganancia o provecho económico, no ofrecerá peligrosidad intrínseca alguna... no se aprecia siquiera una peligrosidad objetiva capaz de contaminar al poseedor de la cosa. Por ello – concluye*

³⁰ *Id.*, 399p.

³¹ BLANCO, Isidoro. Comiso ampliado y presunción de inocencia. En: PUENTE ABA, Luz. ZAPICO B., Mónica. RODRÍGUEZ M., Luis. Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal. Granada, Editorial Comares, 2008. 70p.

Manzanares – *hemos entendido que la naturaleza del comiso de la ganancia es la de una medida de no tolerancia de una ilícita situación patrimonial, por emplear palabras de Maurach, o si se prefiere, una medida tendente a impedir un lucro ilícito*. Según Zipf, se trata de ‘*una restitución de un estado patrimonial de orden jurídico-civil en favor de la colectividad*’³².

Lo argumentado previamente, ha llevado a la necesidad de abordar al comiso de ganancias como una institución o medida distinta a la del comiso de efectos e instrumentos, pues la naturaleza jurídica y fundamento de estas instituciones sería distinta.

Nuestro Código Penal no regula específicamente el comiso de ganancias, y sólo a partir de doctrina reciente y de algunos fallos de los Tribunales Superiores de Justicia, se ha contemplado la existencia de esta figura a partir del comiso de *efectos*. No obstante al tratamiento que realiza la doctrina y el derecho comparado, nuestro Código Penal trata a todos los comisos - inclusive el de ganancias conforme a la postura de la doctrina que lo entiende incorporado en el comiso de efectos - como una pena accesoria (ver artículos 21 y 31 del Código Penal chileno).

En virtud de lo anterior, esta Memoria pretende distinguir al comiso de ganancias del comiso de efectos e instrumentos, abocándose sólo al estudio del primero, entendiendo su fundamento como una intolerancia al enriquecimiento injusto, lo cual permitirá un desarrollo de dicha institución que no tenga las limitaciones actuales propias de una pena, las cuales constituyen un obstáculo al momento de aplicar eficazmente el comiso de ganancias en Chile.

En cuanto a una discusión pormenorizada sobre la naturaleza jurídica del comiso de ganancias y sus fundamentos, se abordará en el Capítulo III, que dice relación con dicho asunto. Por lo tanto, a continuación, se analizará la insuficiencia del ordenamiento jurídico chileno en el tratamiento del comiso de ganancias y de la institución del comiso en general, como también la inexistencia de un tratamiento efectivo para las ganancias ilícitas.

³² GRACIA, L., *op.cit.*, 400p.

II. REGULACIÓN DEL COMISO DE GANANCIAS EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

El comiso de ganancias no se encuentra regulado explícitamente, ni menos sistemáticamente en nuestra legislación. En materia penal, parte de la doctrina ha interpretado que se encontraría incorporado en el artículo 31 del Código Penal, a partir del vocablo *efectos*, sin embargo, dicha interpretación no es unánime y está sujeta a una serie de inconvenientes en su aplicación.

En cuanto a una posible regulación en material civil, el enriquecimiento injusto, que será utilizado como fundamento de la naturaleza jurídica del comiso de ganancias, tampoco se encuentra regulado sistemáticamente en el derecho chileno, ya sea como principio general del derecho o como fuente autónoma de las obligaciones, por lo tanto, no se tiene una acción general que permita privar a quien se aprovecha de las ganancias o beneficios de un delito. Dicha cuestión se analizará en el Capítulo II del presente trabajo.

1. EL COMISO DE GANANCIAS EN EL CÓDIGO PENAL CHILENO

1.1. El artículo 31 del Código Penal

Este artículo, ubicado en el Título III “De las Penas”, párrafo tercero “De los límites, naturaleza y efectos de las penas” y en específico, en el encabezado de “Penas que llevan consigo otras accesorias”, establece que:

“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”.

El artículo 21 consagra el catálogo de penas, en el cual incluye a la “pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito” dentro de las “penas comunes a las tres clases anteriores” (penas de crímenes, simples delitos y faltas). Por tanto, el concepto “pérdida” utilizado en el artículo 31, debe entenderse como sinónimo de “comiso”.

El artículo 31 rige el comiso respecto de los crímenes y simples delitos. El comiso en materia de faltas está regulado en los Artículos 499 y 500. La diferencia entre ambas regulaciones consiste en que el comiso en materia de faltas es facultativo para el tribunal, pudiendo decretarlo a su “prudente arbitrio”

según los casos y circunstancias y sólo puede recaer en objetos precisos; en cambio, el comiso en materia de crímenes y simples delitos regulados en el artículo 31 es imperativo para el tribunal.

1.1.1. Historia del artículo 31 del Código Penal

El artículo 31 del Código Penal ha mantenido su redacción original dada en la publicación de este cuerpo normativo en el año 1874, siendo aprobada dicha disposición sin mayor discusión en la sesión 130 de la Comisión Redactora, de 5 de mayo de 1873 (Actas, 231)³³. Este precepto está tomado con ligeras modificaciones de redacción del artículo 59 del Código Penal español de 1850, que a su vez lo había adoptado del Código Penal de 1848, el cual establecía:

“Toda pena que se imponga por un delito lleva consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los instrumentos con que se ejecute. Los unos y los otros serán decomisados, á (sic) no ser que pertenezcan á (sic) un tercero no responsable del delito”³⁴.

1.1.2. Contenido del artículo 31 del Código Penal

El artículo 31 atribuye al comiso las características de ser una **pena pecuniaria**, ya que recae sobre determinados bienes que han sido producto del delito o que le han servido para ejecutarlo y la de ser una **pena accesoria y obligatoria**, dado que la propia ley es la que impone aplicarla accesoriamente en el caso de crímenes y simples delitos. Sumada a estas características, otras disposiciones del Código Penal agregan que el comiso se aplicará según el “prudente arbitrio” del tribunal en el caso de penas de falta conforme al artículo 500 y que se trata de una **pena de aplicación general o común** según lo sancionado por el artículo 21 de dicho cuerpo normativo.

Además, tal como revisamos anteriormente, el artículo 31 distingue el comiso de instrumentos (*instrumenta sceleris*), el cual corresponde a los medios con que se ejecutó el delito; y el comiso de efectos (*producta sceleris*), que comprende a los objetos que hayan sido producidos mediante la acción delictiva, discutiéndose en la doctrina los alcances de este concepto.

³³ COUSO, Jaime. HERNÁNDEZ, Héctor, *op. cit.*, 482p.

³⁴ VICENTE Y CARAVANTES, José. Código Penal Reformado; comentado novísimamente. Madrid, Librerías de Don Ángel Calleja, 1851.174p. En: VARGAS G., P., *op. cit.*, 24p.

Como se puede apreciar en esta disposición, el comiso de ganancias no se encuentra mencionado explícitamente, como sucede en otras legislaciones. No obstante, una parte minoritaria y reciente de la doctrina, más algunos fallos de Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema, han realizado una interpretación amplia del concepto *efectos*, incluyendo en él al comiso de ganancias.

1.2. Interpretaciones del concepto “*efectos*” del artículo 31 del Código Penal

Sobre el alcance del concepto “*efectos*” del artículo 31 del Código Penal existen varias posturas de la doctrina, las cuales han sido sistematizadas por Ignacio Ananías³⁵:

1.2.1. Postura de Labatut

Gustavo Labatut entiende por *efectos* “los objetos o el dinero de que se apropió el delincuente”³⁶. Esta definición equipara el concepto *efecto* del delito a objeto material del hecho. Labatut pensaba al momento de esta definición en delitos de atentados contra la propiedad en general, como lo son los delitos de hurto, apropiación indebida o abigeato³⁷.

1.2.2. Postura de Guzmán, Hernández y Suárez.

Los autores José Guzmán Dalbora³⁸, Héctor Hernández Basualto³⁹ y Christian Suárez Crothers⁴⁰ sostienen que el concepto *efectos* se refiere exclusivamente a **aquellas cosas que tienen su origen en el delito, o que le deben su composición actual a éste**, excluyendo al objeto del delito, marcando así, una diferencia con la posición de Labatut que reconoce una identidad entre aquellos objetos.

Un ejemplo que grafica esta postura es la diferencia que existe para estos autores entre el dinero falsificado respecto al dinero ajeno apropiado con ruptura de la esfera de custodia.

³⁵ ANANÍAS, I. «El comiso de ganancias», *op. cit.*, pp. 183 y ss.

³⁶ LABATUT, G., *op. cit.*, pp. 434-35.

³⁷ ANANÍAS, I. «El comiso de ganancias», *op. cit.*, 183p.

³⁸ GUZMÁN D., José. La pena y la extinción de la responsabilidad penal. Primera Parte. Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2009, 336p.

³⁹ COUSO, Jaime. HERNÁNDEZ, Héctor. *op. cit.*, 484p.

⁴⁰ SUÁREZ C., Christian. Análisis constitucional y legal de las penas de confiscación y comiso en el Código Penal y en la ley de estupefacientes. En: POLITOFF, Sergio. MATUS Acuña, Jean. Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes. Santiago, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 2000. pp. 497 y 502.

Para Hernández, los *efectos* sólo son los *producto sceleris*, esto es, “los que provienen directamente del delito en el sentido de que no existían antes de él, tales como el documento falso, los alimentos adulterados o el arma prohibida fabricada, no el objeto material del delito ni menos la ganancia obtenida con él o *sceleri quoesita*”⁴¹. Esta definición la adopta directamente de la obra de Guzmán Dalbora.

Asimismo, Suárez sostiene que los *efectos* provenientes del delito o *producto sceleris* son “las cosas materiales que han resultado del hecho punible (moneda falsa, armas prohibidas que se han fabricado, el dinero ganado en el juego de azar, etc.)”, tomando dicha definición de la obra de Novoa Monreal⁴².

1.2.3. Postura de Etcheberry, Cury, Garrido y Politoff

Los autores Gonzalo Etcheberry, Enrique Cury, Mario Garrido y Sergio Politoff extienden el ámbito de aplicación posible de los *efectos* más allá de aquellos objetos cuyo origen material o su estructura actual es atribuible al hecho punible (“*que de él provengan*”)⁴³.

Gonzalo Etcheberry sostiene que los efectos del delito, “dentro del Art. 21 y del Art. 31, son los objetos materiales sobre los cuales haya recaído la acción delictiva o **que sean producto de ella**” (v.gr., la moneda falsificada o los medicamentos deteriorados)⁴⁴.

En tanto Mario Garrido Montt entiende por *efectos* del delito “tanto el producto del delito como los objetos sobre que recae (v.gr., el dinero y demás bienes sustraídos, el cheque falsificado)”⁴⁵, haciendo referencia a las obras de Cuello Calón, Novoa, Etcheberry y Cury.

Por su parte, Politoff considera que son *efectos* del delito “las cosas materiales que han resultado del hecho punible, esto es, tanto el producto del mismo como los objetos sobre que recae (v.gr., las especies sustraídas o los documentos falsificados). Ha de tratarse de objetos corporales valiosos, susceptibles de enajenarse en pública subasta⁴⁶.

En los casos de Garrido Montt y de Politoff, aun cuando consideran una visión más amplia del comiso, incurrir en el mismo error que Labatut, al considerar las especies sustraída como parte de los efectos del

⁴¹ GUZMÁN D., José. *op. cit.*, 266p. *apud* COUSO, Jaime; HERNÁNDEZ, Héctor. *op. cit.*, 483p.

⁴² NOVOA, E., «Curso...», *op. cit.*, 387p. *apud* SUÁREZ, C., *op. cit.*, 502p.

⁴³ ANANÍAS, I. «El comiso de ganancias», *op. cit.*, 184p.

⁴⁴ ETCHEBERRY, A. *op. cit.*, 167p. Énfasis nuestro.

⁴⁵ GARRIDO, M. *op. cit.*, 300p.

⁴⁶ POLITOFF S. *op. cit.*, 286p.

delito. Este error tiene implicancias al momento de restitución de las especies sustraídas, pues el comiso implica un cambio de titularidad de los bienes decomisados, los cuales pasan a ser propiedad del Fisco. En cambio, en los casos de las especies sustraídas, aun cuando el ofendido por el delito se ve privado de la posibilidad de acción sobre la cosa o la utilización de la cosa, mantiene la propiedad civil sobre ésta, pudiendo ejercer la acción restitutoria y la acción reivindicatoria⁴⁷ en la medida que acredite la tenencia o posesión de la cosa al momento del injusto para que esta no sea decomisada al autor del delito.

1.2.4. Postura de Novoa

La postura de Eduardo Novoa Monreal adhiere a una teoría amplia, sin embargo, más acotada que la de los autores Etcheberry, Cury, Garrido y Politoff. Novoa señala que:

[D]eben considerarse efectos provenientes del delito las cosas materiales que han resultado del hecho punible (moneda falsa, armas prohibidas que se han fabricado, el dinero ganado en el juego de azar, etc.)⁴⁸.

Esta teoría incluye aquellas cosas que tienen origen en el delito y a aquellas que son al momento de su incautación de propiedad del autor, pero que fueron adquiridas del delito⁴⁹.

1.2.5. Postura de Ananías y de fallos de la Corte Suprema.

Finalmente, está la posición defendida por Ignacio Ananías y por un fallo de la Corte Suprema, la cual es más amplia, por cuanto incluye dentro del alcance del artículo 31 del Código Penal a las ganancias.

La Corte Suprema señala:

Por efectos del delito se entienden los efectos o el dinero obtenidos por el delincuente, medios u objetos materiales sobre los cuales recayó la acción delictiva o que sean producto de ella⁵⁰.

⁴⁷ El Código Procesal Penal establece el procedimiento de restitución de las especies sustraídas, función que recaerá en el Juez de Garantía competente.

⁴⁸ NOVOA, E., «Curso...», *op. cit.*, 344p.

⁴⁹ ANANÍAS, I. «El comiso de ganancias», *op. cit.*, 186p.

⁵⁰ Corte Suprema (recurso de casación en el fondo), Rol 30.099, 31 de Octubre de 1994 (considerando 7°).

Asimismo, en otra sentencia que decía relación con una causa de narcotráfico, en la cual el delito fue cometido con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N°19.366, la cual contempla la figura del comiso de ganancias mediante el concepto de “utilidades”, la Corte Suprema para sortear el inconveniente de la aplicación retroactiva de la ley llega a la conclusión que el comiso de los *efectos* incorpora *a las utilidades que hubieren originado, cualquiera sea su naturaleza jurídica o las transformaciones que hubieren experimentado*, por lo que su explicitación en el artículo 27 de la ley 19.366 deviene en superflua, pues se encuentran comprendidas dentro de las reglas generales⁵¹.

Así, en esta sentencia la Corte Suprema señala:

Que la novedad del régimen de comiso que estableció la ley especial N° 19.366 con respecto al general consagrado en el Código Penal, es la designación en él de las drogas tóxicas, porque todos los demás bienes allí consignados constituyen precisamente los instrumentos o efectos del delito o las ganancias que de él derivan, de modo que no era necesaria su mención expresa, pues resultarían siempre decomisables de acuerdo a las reglas generales del estatuto punitivo. Que la sentencia impugnada, al excluir del comiso ciertos bienes por la exclusiva consideración que esa sanción resulta originaria en la Ley N° 19.366, importa un error de derecho por errada interpretación del artículo 27 de la Ley N° 19.366, unido a la falta de aplicación de la regla general del artículo 31 del Código Penal que en términos perentorios prescribe que toda 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, cuyo no ha sido el caso, norma que a la data de los hechos estaba vigente por lo que su aplicación al caso de marras era obligatoria⁵².

Esta postura sostenida por la Corte Suprema, Ananías la refuerza con los siguientes argumentos dogmáticos:

i) En el artículo 17 N°1 del Código Penal, el vocablo “efecto” se asimila a “provecho”, por lo cual es prudente entender este último concepto en el sentido y alcance como idéntico al artículo 31 del mismo cuerpo normativo.

⁵¹ ANANÍAS, I. «El comiso de ganancias», *op. cit.*, 187p.

⁵² Corte Suprema contra Carlos Silva Leiva y otros (recurso de casación en el fondo; resolución N° 51.297). Rol 7840-2010, de 25 de junio de 2012 (considerando 24 y 25).

ii) Una interpretación literal de la regla del artículo 31 no determina una aplicación restrictiva de la locución “efectos que de él provengan”. No es necesaria categorialmente la asimilación doctrinaria de los términos “provengan” y originen (que determinan la exclusión en Chile de la aplicación del comiso de ganancias). En esta línea, Puig Peña realiza una interpretación de la disposición que regulaba al comiso antes de la regulación de 1995 en España, considerando que esta incorporaría al comiso de ganancias.

iii) La redacción original del artículo 60 del Código Penal (modificado por la ley 11.625 de 1954, que incluyó la regulación del producto del comiso, equiparándolo al de la multa, es decir, transfiriendo la propiedad de los bienes que se le despojaron al condenado al fisco), en la que el destino del dinero obtenido del hecho punible, así como el producto de la enajenación en pública subasta, era utilizado para solventar las responsabilidades civiles del condenado o de quien respondía por él, conforme al orden establecido en el artículo 48 CP (equiparando, por tanto, el comiso al restablecimiento de una ventaja injustamente obtenida, ya que, lo que ha pasado a dominio fiscal no puede, al mismo tiempo, servir para indemnizar perjuicios).

iv) Por la propia historia fidedigna del establecimiento de la sanción de comiso en las leyes especiales creadas para combatir la criminalidad económica. Así, por ejemplo, en el proyecto de ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas presentado por el ejecutivo, se explicitó que el artículo 31 del Código Penal incluye dentro de su rendimiento conceptual a las ganancias⁵³.

Asimismo, Ananías considera que el artículo 31 también contendría la figura del “comiso ampliado”. Para sostener dicha afirmación una serie de fallos de la Corte de Apelaciones de Santiago, Valdivia y Rancagua⁵⁴.

El primero de ellos es un fallo de la Corte de Apelaciones de Rancagua del año 2014, el cual sostiene que:

⁵³ ANANÍAS, I. «El comiso de ganancias», *op. cit.*, pp. 189- 191.

⁵⁴ *Id.*, pp. 187-188.

*Que por otra parte, lo que sí resultó establecido es que **el imputado adquirió, con las tarjetas sustraídas cuatro llantas de vehículos, especies que sí pueden ser consideradas como un producto del ilícito, por lo que se decretará el comiso solo respecto de ellas***⁵⁵.

En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Valdivia, a propósito de un delito de fraude de subvenciones estatales, determina la imposición del comiso de un inmueble financiado en gran medida con dineros conseguidos mediante el delito de obtención fraudulenta de prestaciones improcedentes en perjuicio del fisco. Así, la Corte sostuvo:

*Que, asimismo, se rechazará la alegación de la inaplicabilidad del comiso o pérdida de los instrumentos o efectos del delito. [...] Los instrumentos del delito se han definido como los medios materiales empleados por el autor para cometer el delito. Los efectos del delito, por su parte, corresponden a los **elementos materiales con que el sujeto activo se ha beneficiado tras su perpetración.***

*Así las cosas, no cabe duda que la propiedad adquirida por la imputada, se corresponde a las hipótesis previstas en el artículo 31 del Código Penal que autorizan el comiso o pérdida de los efectos del delito y de los instrumentos con que se ejecutó*⁵⁶.

Finalmente, en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago del año 1964 se estableció que se considerarán efectos también los bienes que reemplazan las especies sustraídas en caso de inversión. En sus propios términos, la Corte sostuvo que:

*No pueden considerarse efectos del delito, en el caso, las especies materiales sustraídas, o sea, los billetes en sí mismos, sino los bienes que los reemplazan en caso de inversión*⁵⁷.

De esta forma, amparándose en los fallos de la Corte Suprema y de las Cortes de Apelaciones de Rancagua, Valdivia y Santiago, Ananías concluye que el artículo 31 del Código Penal contiene la figura de un “comiso ampliado”, lo cual significaría que el comiso de las ganancias estaría contemplado en dicha disposición.

⁵⁵ Corte de Apelaciones de Rancagua (resolución N° 20.257), Rol 130-2014, de 8 de abril de 2014.

⁵⁶ Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 431-2013, de 17 de septiembre de 2013.

⁵⁷ Corte de Apelaciones de Santiago. RDJ, tomo LXII, 2ª parte, sección 4ª, p. 253.

1.3. Conclusiones

En términos generales, podemos concluir que el Código Penal no establece una regulación explícita ni menos sistemática del comiso de ganancias.

Respecto a las interpretaciones del concepto *efectos*, la interpretación ampliada realizada por Ananías y por la Corte Suprema parece ser la más idónea en términos de política-criminal para evitar la impunidad de casos de relevancia social como lo son casos de narcotráfico, siendo precisamente una sentencia de un caso sobre esta materia en el cual la Corte Suprema realiza una interpretación extensiva del concepto *efectos* regulada en el artículo 31 del Código Penal. Dogmáticamente, resulta difícil entender el comiso de ganancias dentro del comiso de efectos, pues son instituciones con fundamentos distintos: mientras uno atiende a la peligrosidad de la cosa, el otro pretendería impedir el enriquecimiento injusto producido por el delito. Este elemento ha sido destacado en el derecho comparado y ha llevado que algunos países adopten en su legislación una distinción explícita entre el comiso de instrumentos y efectos, por un lado, y comiso de ganancias, por el otro, como es el caso del Código Penal español (más allá que sean tratados en una misma disposición).

No obstante, si consideráramos la interpretación de la Corte Suprema y de Ananías como la mejor que se puede realizar del artículo 31 del CP, sigue representando una serie de limitaciones, pues el comiso sigue siendo considerado como una pena accesoria, debiendo aplicarse sólo en aquellos casos en que se aplique una pena principal y siendo necesarios que concurren todos los requisitos propios para la aplicación de una pena.

Esto representa una ineficacia de la institución del comiso de ganancias como un arma efectiva para combatir el enriquecimiento injusto producido por la comisión de delitos. Al ser considerado como una pena, no se puede aplicar a terceros que se ven beneficiados por la comisión de delitos (por el principio de personalidad de la pena). Asimismo, no se podrá aplicar en aquellos casos que existan eximentes de culpabilidad como en los casos de responsabilidad penal extinta por prescripción, por causas sobrevinientes de inimputabilidad penal, entre otras, en virtud del principio de culpabilidad en la aplicación de la pena.

2. EL COMISO DE GANANCIAS EN LEYES PENALES ESPECIALES

El comiso de ganancias ha sido regulado por algunas leyes penales especiales, pero sólo para su aplicación en determinados delitos. De esta forma, esta institución moderna ha sido regulada en la Ley de Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica (20.393), la Ley de Lavado de Activos (19.913) y la Ley de Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (20.000), estableciendo al comiso de ganancias como una institución que se hace cargo de las ganancias ilícitas, evitando el enriquecimiento injusto mediante la comisión del ilícito.

La apropiación de estas ganancias producidas ilícitamente son el principal móvil en los delitos económicos producidos por organizaciones criminales y empresariales, ante lo cual en la normativa supranacional de los Convenios de Naciones Unidas y en el derecho de países como Alemania, Italia y España, entre otros, el comiso, y especialmente el comiso de ganancias, ha surgido como un “arma” efectiva para disuadir dichas actividades delictivas como también para recuperar los activos apropiados ilícitamente por estas organizaciones. Esto explica la aparición en el derecho chileno del comiso de ganancias como sanción frente a delitos de lavado de activos, tráfico de drogas y delitos cometidos por personas jurídicas en general.

2.1. Ley de Tráfico Ilícito de Estupefacientes (20.000)

2.1.1. Antecedentes de la Ley 20.000

La Ley N° 20.000, publicada en el Diario Oficial con fecha de 16 de febrero de 2005, viene a actualizar a la ley N° 19.366, la cual en su momento constituyó un avance respecto al procesamiento y condena de grupos criminales dedicados a la elaboración y tráfico ilícitos de drogas, lavado de dinero y desvío internacional de grandes cantidades de sustancias químicas.

Esta ley tiene por objeto combatir el tráfico de drogas, el cual ha sido considerado como un peligro para el desarrollo económico y social de los pueblos, estando asociado también a otros delitos propios de la criminalidad organizada, como el lavado de activos, trata de personas, tráfico de armas, entre otros⁵⁸.

⁵⁸ En este sentido destacan una serie de instrumentos internacionales como la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas; la Resolución 47/102 del 26 de abril de 2003 sobre la Lucha internacional contra el uso indebido y el tráfico ilícito de drogas; y la Resolución 53/115 de 1 de febrero de 1999 sobre la Cooperación Internacional contra el problema mundial de las drogas.

El comiso de las ganancias como respuesta al tráfico de drogas existe en la medida en que este delito constituye una fuente de enormes beneficios, razón por la cual es necesario privar a las personas que cometen dicho delito del provecho patrimonial que han obtenido mediante éste. Asimismo, se impide que dichos recursos ilícitos sean utilizados en futuros delitos.

2.1.2. Regulación del comiso de ganancias en la Ley N° 20.000

La Ley N° 20.000 sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes señala en su artículo 45 que:

Sin perjuicio de las reglas generales, caerán especialmente en comiso los bienes raíces; los muebles, tales como vehículos motorizados terrestres, naves y aeronaves, dinero, efectos de comercio y valores mobiliarios; y, en general, todo otro instrumento 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, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, o las transformaciones que hubieren experimentado, como, asimismo, todos aquellos bienes facilitados o adquiridos por terceros a sabiendas del destino u origen de los mismos.

En esta disposición se establece el comiso de ganancias propiamente tal (“utilidades que hubieren generado”), incluyendo el comiso sustitutivo (“transformaciones que hubieren experimentado”) como también el comiso ampliado (“todos aquellos bienes facilitados o adquiridos por terceros a sabiendas del destino u origen de los mismos”).

Asimismo, en el artículo 46 de dicha Ley, se establece el destino de los bienes decomisados, señalando que:

“Los bienes decomisados en conformidad a esta ley serán enajenados en subasta pública por la Dirección General del Crédito Prendario, la que podrá, además, ordenar su destrucción, si carecieren de valor.

El producto de la enajenación de los bienes y valores decomisados y los dineros en tal situación ingresarán a un fondo especial del Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol, con el objetivo de ser utilizados en programas de prevención del consumo de drogas, tratamiento y rehabilitación de las personas afectadas por la drogadicción. Un reglamento establecerá la forma de distribución de los fondos, así como los mecanismos que garanticen la transparencia de los actos tendientes a su traspaso”.

Analizando la historia de la Ley, se aprecia la escasa discusión sobre el comiso de ganancias. La única discusión dada fue sobre el destino de los bienes decomisados. Así, al proyecto original presentado por el Presidente de la República, el informe de la Cámara de Diputados planteó la necesidad de modificar el artículo 28 del proyecto original (actual 46), estableciendo que el producto de la enajenación de los bienes y valores decomisados debería ser distribuido por el Fondo Nacional de Desarrollo Regional y el Consejo Regional para el Control de Estupefacientes, destinando el 50% para prevención y el 50% para rehabilitación. La discusión en otras materias fue inexistente.

La doctrina considera al comiso como una herramienta imprescindible para la reducción en los índices de delito asociados al tráfico ilícito de drogas, toda vez que afecta directamente el patrimonio del narcotraficante y por ende disminuye las ganancias que de él provienen, mermando significativamente su capacidad económica, e impidiendo con ello que continúe su negocio⁵⁹.

Otra parte de la doctrina ha realizado afirmaciones respecto a los fines del comiso de ganancias en la Ley N° 20.000, sosteniendo que persigue fines preventivos tanto especiales como generales y responde fundamentalmente a la necesidad de restablecer el orden económico⁶⁰.

Asimismo, se han planteado algunas críticas a la regulación del comiso en esta ley. La Unidad Especializada de Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes del Ministerio Público ha solicitado reformas que tiendan a una mayor flexibilidad de la normativa, de modo que se puedan decomisar más bienes asociados con la comisión del delito, como sucedería con una flexibilización del secreto bancario⁶¹, por ejemplo.

2.1.3. Comiso de bienes pertenecientes a terceros en la Ley 20.000.

Otro aspecto relevante discutido en la Ley N° 20.000 a propósito de la regulación del comiso, ha sido sobre la aplicación del comiso de bienes pertenecientes a terceros. En una primera fase de discusión sobre este proyecto de ley, se aplicaba el comiso ante dolo eventual del tercero, pues el artículo 45 de este cuerpo normativo contenía la frase “o no pudiendo menos de saber”. Sin embargo, dicha frase fue eliminada y se terminó por exigir que el tercero deba estar “a sabiendas del destino u origen de los mismos”.

⁵⁹ FIGUEROA, Renzo. 2010. La incautación, destinación y comiso en la Ley 20.000. *Revista Jurídica del Ministerio Público* (44): 134.

⁶⁰ VERA, Alejandra. El Comiso y los Terceros. *Revista Jurídica del Ministerio Público* (39): 120.

⁶¹ FIGUEROA, R. *loc. cit.*

Respecto a esta discusión Alejandra Vera plantea que “el tercero debe sufrir la pena de comiso, cuando ha estado en conocimiento de las circunstancias que permiten la aplicación de dicha medida, requiriéndose, para que los bienes sean decomisadas (sic), que el tercero los facilite o adquiera, a sabiendas de su destino u origen ilícito”⁶².

2.2. Ley sobre Lavado y Blanqueo de Activos (19.913)

2.2.1. Concepto de Lavado y Blanqueo de Activos

La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (también conocida como Convención de Viena de 1988), uno de los principales cuerpos normativos internacionales sobre la materia, entiende en su artículo 3° que el lavado de activos es un “subterfugio para formalizar flujos financieros informales de procedencia ilícita, particularmente el narcotráfico, o como la introducción subrepticia de activos de origen ilícito en los canales legítimos de la economía formal”⁶³.

La definición anterior se ve ampliada por la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (también conocida como Convención de Palermo de 2000), la cual aumenta el catálogo de delitos precedentes de lavado de activos, proponiendo la penalización de conductas como (i) la conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos; (ii) la ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes o del legítimo derecho a éstos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito; (iii) la adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son producto del delito⁶⁴.

Por su parte, la doctrina ha definido el blanqueo de capitales, lavado de activos o de dinero como un proceso cuyo objeto es disimular el verdadero origen de aquellas rentas provenientes de actividades

⁶² VERA, A., *op. cit.*, 123p.

⁶³ Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (1988).

⁶⁴ Artículo 6°, Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000).

ilícitas⁶⁵. Así, la necesidad de blanquear dinero surge cuando no es posible justificar su procedencia. Muchas veces, además, se intenta ocultar la identidad del verdadero propietario de los fondos generados en los delitos, con la finalidad de dificultar la persecución penal y asegurar la impunidad de los participantes⁶⁶.

2.2.2. Antecedentes de la Ley sobre Lavado y Blanqueo de Activos

La Ley N° 19.913, publicada en el Diario Oficial con fecha 18 de diciembre de 2003, tuvo por objeto crear la Unidad de Análisis Financiero, institución especializada y con funciones apropiadas para la prevención y control del lavado o blanqueo de activos. Asimismo, modificó diversas disposiciones en materia de Lavado y Blanqueo de Activos, con el objeto de perfeccionar el tipo penal de lavado de activos, fundamentalmente, para ampliar los delitos subyacentes de esta figura penal, a otros ilícitos graves además del tráfico de drogas, como son el terrorismo y el tráfico de armas⁶⁷.

En su artículo 27, que se encuentra en el Título III de “Disposiciones Varias”, establece un catálogo de delitos que serán asimilables a la comisión de lavado de activos, entendiéndose por ello la ocultación o disimulación del origen ilícito de determinados bienes, a sabiendas de que provienen, directa o indirectamente, de la perpetración de hechos constitutivos de alguno de los delitos contemplados en la ley de tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas; ley que determina las conductas terroristas, ley sobre control de armas y ley sobre mercado de valores, entre otras; o bien, cuando a sabiendas de dicho origen, oculta o disimula estos bienes⁶⁸.

Estas modificaciones tienen como fundamento a su vez consideraciones de orden internacional, como los compromisos adquiridos por Chile al suscribir la Convención contra el Crimen Transnacional Organizado y las obligaciones adquiridas por la incorporación de nuestro país al Grupo de Acción Financiera de Sudamérica (GAFISUD).

⁶⁵ BLANCO, Isidoro. El delito de blanqueo de capitales. Comisión Interamericana para el Control contra el Abuso de Drogas. Navarra, Ed. Aranzadi, 2002. pp. 92-101.

⁶⁶ TOSO MILOS, Ángela. 2008. Blanqueo de capitales. Su prevención en el ordenamiento jurídico chileno. *Rev. Chil. Derecho* [online]. Vol. 35, n.3 <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372008000300002&Ing=es&nrm=iso> [consulta: 07 febrero 2016]

⁶⁷ Historia de la Ley 19.913, Biblioteca del Congreso Nacional, 2000, 6p.

⁶⁸ CHILE. Ley 19.913: Ley sobre Lavado y Blanqueo de Activos. Artículo 27.

2.2.3. Regulación del comiso de ganancias en la Ley sobre Lavado y Blanqueo de Activos

La Ley N° 19.913 no establece una regulación autónoma del comiso de ganancias, sino que hace una referencia a la regulación del comiso de ganancias realizado por la Ley N° 20.000 sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes.

El artículo 33 de la Ley N° 19.913 señala que:

*Sin perjuicio de lo dispuesto en la presente ley, serán aplicables respecto de los delitos establecidos en los artículo 27 y 28, todas las normas de la ley N° 19.366, sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, y las que contenga cualquier **otra ley que la sustituya**⁶⁹ o modifique, que se refieran a las siguientes materias:*

*c) Medidas cautelares e incautaciones: posibilidad de disponer medidas de cautelares sin comunicación previa al afectado, objetos susceptibles de incautación y **comiso** y destino de los bienes incautados o del producto de los mismos.*

*d) Juzgamiento y cumplimiento de la sentencia: (...) procedencia del **comiso**, **alcance de éste y destino de los bienes decomisados**. (Énfasis nuestro).*

Por tanto, la regulación del comiso de ganancias de la Ley de Lavado de Activos quedará determinada por el artículo 45 de la Ley N° 20.000, que sustituyó a la Ley N° 19.366.

Analizando la historia de la Ley N° 19.913, podemos darnos cuenta que la discusión a propósito del comiso de ganancias fue muy superficial. En el proyecto original del ejecutivo existía una remisión general, conforme a la cual serán aplicables a la Ley N° 19.913 la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos establecidos en la ley, todas las normas que sobre la materia establece la Ley N° 19.366.

El Ministerio Público, en las sesiones de la comisión de Constitución del Senado, propuso reiterar en esta ley una serie de normas que están en la Ley de Drogas (actual Ley 20.000), por ejemplo, la protección de los testigos e informantes, cambios de identidad, incautaciones, enajenaciones, **comiso y destino de los objetos, instrumentos y efectos de los delitos**⁷⁰.

⁶⁹ Cabe mencionar que la Ley N° 19.366 fue sustituida/modificada por la Ley N° 20.000.

⁷⁰ Historia de la Ley 19.913. *op. cit.*, 227p.

La Comisión de Constitución del Senado propuso que la regulación a propósito del comiso fuera la siguiente: “procedencia del comiso, alcance de éste y destino de los bienes decomisados”⁷¹. Sin embargo, la Cámara de Diputados propuso la redacción que rige en la actualidad, a saber: “comiso y destino de los bienes incautados o del producto de los mismos”.

Como podemos vislumbrar, en ningún momento se dio una discusión profunda sobre el comiso ni menos sobre el comiso de ganancias, ya que solo se remite a la regulación establecida en la Ley de Tráfico Ilícito de Estupefacientes, que vino a sustituir a la antigua Ley de Drogas.

2.3. Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas (20.393)

2.3.1. Antecedentes de la Ley N° 20.393

La Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, publicada el 02 de diciembre de 2009, tiene por objeto la prevención y detección de los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y cohecho, los cuales generalmente son cometidos por personas jurídicas que actúan como agentes delictuales.

Esta legislación vino a realizar un avance sobre la base de la tendencia internacional, tanto doctrinaria como normativa, que consagra la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la comisión de determinados delitos. Asimismo, esta ley se aprobó para materializar los compromisos asumidos por Chile en esta materia, como lo fue la ratificación de nuestro país de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción; la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y quizás el más importante, la Convención para combatir el Cohecho a Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, de la Organización de Cooperación para el Desarrollo Económico (OCDE), cuya ratificación era necesaria para que nuestro país ingresara al selecto grupo de países pertenecientes a la OCDE.

2.3.2. Deficiencias de la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas

Algunos autores sostienen que el principal problema de esta ley es su origen en el cumplimiento de un deber internacional que tenía Chile para ratificar su ingreso a la OCDE, pues estos proyectos

⁷¹ *Id.*, 254p.

internacionales suelen tener la gran falencia de no contar con la vasta experiencia del derecho comparado⁷².

En especial, la Ley de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas tiene el problema de estar influida principalmente por la legislación de Estados Unidos, donde rige otro sistema de imputación y en la cual los principios de legalidad y culpabilidad juegan un rol distinto. Esto ha producido problemas en la aplicación práctica de la ley, inconveniente que probablemente no se hubiese producido en caso de asemejarse a las legislaciones de Alemania, España o Italia, que se acercan más a nuestra tradición jurídica y cuentan con una gran experiencia en torno a sus leyes sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La teoría de la responsabilidad penal de la persona jurídica se desarrolló por las dificultades para imputar responsabilidad penal por los delitos económicos perpetrados a través de personas jurídicas, sin embargo, esta ley solo penaliza un reducido catálogo de delitos, dejando fuera los delitos de malversación de caudales públicos, la estafa, la apropiación indebida y el fraude, entre otros. Esta crítica tiene vital importancia, pues el comiso de ganancias al no tener una regulación general y estar regulado solo en leyes especiales como la presente, sólo puede ser aplicado a un reducido catálogo de delitos, siendo prácticamente inaplicable esta institución a los delitos regulados por esta Ley, por la dificultad probatoria existente en la materia.

2.3.3. Regulación del comiso de ganancias en la Ley N° 20.393

En el artículo 13 de la Ley de Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica, que contempla las penas accesorias aplicables a las Personas Jurídicas, el numeral 2 establece la regulación del comiso. Este comiso incluye “[e]l **producto del delito** y demás bienes, efectos, objetos, documentos e instrumentos del mismo serán decomisados” (énfasis propio).

Al revisar la historia de la Ley 20.393, podemos ver las modificaciones que sufrió la disposición citada anteriormente, desde su presentación en el mensaje hasta su publicación. En un primer momento, el Mensaje N° 018-357 de la Presidenta de la República, de fecha 16 de marzo de 2009, en su artículo 14 literal b), establecía el “comiso de las ganancias obtenidas por la persona jurídica como resultado del

⁷² En este sentido, ver intervención de profesora María Inés Horvitz ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Honorable Cámara de Diputados. En: Historia de la Ley N° 20.393, Biblioteca del Congreso Nacional, 2009, 189p.

delito y demás efectos, objetos, documentos e instrumentos del mismo, según lo dispone el Código Penal”⁷³.

Sin embargo, los Diputados Soto y Araya, Burgos, Ceroni, Harboe y Schilling presentaron una propuesta de modificación de dicha disposición por la siguiente:

b) Comiso. El comiso de los ingresos obtenidos productos del delito y demás bienes, efectos, objetos, documentos e instrumentos del mismo, según lo dispone el Código Penal.

El diputado Harboe explicó los términos de la indicación, señalando que ella pretendía cubrir los beneficios encubiertos que la empresa buscara obtener con su inversión, de tal manera de no afectar solamente los ingresos obtenidos, sino también las sumas invertidas para ello⁷⁴.

Finalmente, el Ejecutivo propone leves modificaciones a dicha disposición⁷⁵, a la cual se agregan modificaciones de la Comisión de Constitución del Senado⁷⁶, adoptando la redacción actual y pasando a ser el artículo 13 de la Ley sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas.

En cuanto a las posiciones de la doctrina, la profesora María Inés Horvitz en una de las sesiones de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, recalcó la importancia del comiso de ganancias, sosteniendo que “en el ámbito administrativo sancionador existen **penas severas**, que pueden ser **más disuasivas que las propiamente penales**, como ocurre con el **comiso de todas las ventajas económicas obtenidas por la empresa** y con las multas por montos relevantes”⁷⁷. (Énfasis propio).

Asimismo, en el mismo informe el profesor Jean Pierre Matus consideró que dentro de las medidas para hacer efectiva la responsabilidad penal de las personas jurídicas por su participación en los delitos contemplados por la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, se debe imponer “el más amplio comiso posible de los bienes producto de dichos delitos y de los que los sustituyan”⁷⁸.

⁷³ Historia de la Ley 20.393. *op. cit.*, 16p.

⁷⁴ Intervención del Honorable Diputado Felipe Harboe en la Comisión de Constitución, Justicia, Legislación y Reglamento de la Honorable Cámara de Diputados. En: Ibid.

⁷⁵ *Id.*, 281p.

⁷⁶ *Id.*, 320p.

⁷⁷ Intervención de profesora María Inés Horvitz en Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Honorable Cámara de Senado, 08 de octubre de 2009, Cuenta en Sesión 57, Legislatura 537. En: Id., 193p.

⁷⁸ Intervención de profesor Jean Pierre Matus en Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Honorable Cámara de Senado, 08 de octubre de 2009, Cuenta en Sesión 57, Legislatura 537. En: Id., 197p.

Por su parte, el Ministerio Público mediante el Oficio FN N° 482/2009, de fecha 18 de agosto de 2009, hizo llegar sus observaciones sobre el proyecto de Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas a la Comisión de Constitución del Senado, en el cual abordó lo relativo al comiso. En primer lugar, sostuvo que le parecía importante que su redacción fuera de la misma manera que la Ley N° 20.000 (artículo 45), pues dicha disposición apunta a “evitar el uso, **aprovechamiento, beneficio o destino de cualquier clase de bienes, valores o dineros** provenientes de la comisión de ciertos delitos”⁷⁹ (énfasis propio).

En segundo lugar, señaló “entender que si los delitos fueron cometidos en beneficio de la persona jurídica sirviendo esta circunstancia como uno de los requisitos para imputarle responsabilidad penal, entonces con mayor razón se justifica una redacción amplia de las normas que permita en definitiva que los dineros ilícitamente obtenidos en provecho de la empresa, o puedan ser desviados a terceros mientras se sustancia el proceso”⁸⁰.

III. TRATAMIENTO DEL COMISO Y DE LA GANANCIA OBTENIDA ILÍCITAMENTE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y EN LEYES PENALES ESPECIALES

En este apartado se analizará el tratamiento que han recibido las ganancias en el Derecho chileno, principalmente, en materia de libre competencia. Además, se analizará la regulación del comiso en diferentes normativas propias del Derecho Penal y del Derecho Administrativo Sancionador, como lo es la Ley General de Pesca y Acuicultura (18.892), la Ordenanza de Aduanas, la Ley de Control de Armas (17.798), la Ley de Alcoholes (19.925) y la Ley sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo (19.733).

Así, se quiere dejar en evidencia la falta transversal de nuestro ordenamiento jurídico para dar una respuesta efectiva a las ganancias obtenidas ilícitamente, así como también la superficialidad con la cual ha sido abordada la discusión sobre el comiso y la inexistencia de una discusión más profunda sobre la naturaleza jurídica del comiso, y una distinción entre el comiso de instrumentos y efectos y el comiso de ganancias.

⁷⁹ Oficio de Fiscal Nacional N° 482/2009. *En: Id.*, pp. 224 y ss.

⁸⁰ *Id.* 230p.

1. NORMATIVA QUE TRATA LAS GANANCIAS ILÍCITAS.

1.1. DL 211 que contempla la protección a la Libre Competencia

El Derecho de la Libre Competencia en Chile tiene su origen en la Ley N° 13.305, primera ley de defensa de la competencia, que tiene sus orígenes en las recomendaciones que arrojó la Misión Klein-Sacks⁸¹, y que se aprobaron el año 1959, durante el gobierno del Presidente Jorge Alessandri.

Posteriormente, durante la Dictadura de Augusto Pinochet se emprendieron una serie de reformas institucionales, entre las cuales se incluye un cambio en la política comercial que se tradujo en la eliminación de restricciones arancelarias, en el dismantelamiento del sistema de precios y en el fortalecimiento de los mecanismos de defensa de la competencia. En ese marco, se dictó el Decreto Ley 211 de 1973.

En este Decreto Ley no se aborda la figura del comiso de ganancias. A pesar de eso, resulta interesante analizar el tratamiento que le da a las ganancias producidas por la comisión de alguna de las infracciones contempladas en su articulado.

1.1.1. Antecedentes del DL 211

El análisis de los orígenes del Decreto Ley 211, al ser dictado en el periodo de Dictadura, no cuenta con referencias a una discusión parlamentaria ni democrática. Luego, para analizar sus antecedentes debemos remitirnos a los ideólogos del sistema económico instaurado en Dictadura, cuyo pilar programático lo encontramos en el texto *“El Ladrillo”*, el cual fue elaborado por economistas de la Universidad de Chicago, al alero de la doctrina neoliberal de Milton Friedman.

En materia económica, El Ladrillo apuntaba hacia la apertura al comercio exterior, el aumento de la competencia y una decidida política antimonopolios, las cuales eran consideradas fundamentales para evitar o eliminar estas tendencias en el campo empresarial⁸². En esa línea, para la instauración de un sistema de defensa de la libre competencia los *Chicago Boys* consideraron relevante contar con una ley que sancionara las prácticas monopólicas.

⁸¹ Esta fue una misión de economistas norteamericanos convocada por el Presidente Carlos Ibañez del Campo, cuyo principal fin era realizar recomendaciones para estabilizar la moneda chilena y frenar la inflación.

⁸² DE CASTRO, Sergio. MÉNDEZ, Juan Carlos. *El Ladrillo: bases de la política económica del gobierno militar chileno*. Santiago, Centro de Estudios Públicos, 1992. 47p.

Para lograr este propósito, Sergio de Castro -Asesor del Ministro de Economía de la Dictadura y autor del programa neoliberal que implementa la Junta de Gobierno-, le encarga a Óscar Aitken-abogado asesor del mismo Ministerio-, y a Waldo Ortúzar, -quien se desempeñaba como Fiscal Nacional Económico desde 1963-, la creación de una nueva normativa que regulara la libre competencia⁸³.

Este pequeño equipo de trabajo, al cual se sumó Olga Feliú - quien en ese entonces era coordinadora jurídica de la Contraloría General de la República -, redactó el texto legal, el cual presentaron a los integrantes de la Junta de Gobierno, quienes la aprobaron sin cambio, promulgando el 22 de diciembre de 1973 el DL 211, que llevó por título “Normas para la defensa de la libre competencia”⁸⁴.

Este DL N° 211 tenía por objeto defender el sistema económico, cuyo pilar fundamental era la libre competencia. Para esto estableció sanciones de multa y prisión para aquellos que contravinieran a la libre competencia. Asimismo, creó una institucionalidad que supervigilara la adecuada aplicación de las normas del DL N° 211.

Esta disposición ha sufrido diversas modificaciones, siendo la última la Ley N° 20.945 que perfecciona el Sistema de Defensa de la Libre Competencia. Esta ley si bien modifica el monto y forma de cálculo de las ganancias, estas últimas siguen siendo tratadas como un factor determinante de la pena, y no se ha planteado la regulación del comiso de ganancias en esta materia.

1.1.2. Tratamiento de la ganancia en la Ley N° 20.495 que perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia.

El DL 211, que tiene por objeto promover y defender la Libre Competencia en los mercados, previo a la modificación de la Ley N° 20.495, establecía en su artículo 26, que en la sentencia el Tribunal puede adoptar como medida la imposición de una multa que no puede superar las 20.000 UTA, salvo en caso de colusión o fijación de precios, en que el límite se encuentra en las 30.000 UTA.

Para la determinación de la multa se consideraban, entre otras, las siguientes circunstancias: el **beneficio económico obtenido con motivo de la infracción**, la gravedad de la conducta, la calidad de reincidente

⁸³ La Ley N° 15.142 publicada en el *Diario oficial* el 22 de enero de 1963, vino a complementar la Ley N° 13.305, la cual en su Título V establecía Normas para fomentar la libre competencia industrial y comercial, estableciendo la creación del cargo de Fiscal Nacional Económico, el cual sería desempeñado por Waldo Ortúzar desde su creación hasta 1990.

⁸⁴ BERNEDO, Patricio. *Historia de la libre competencia en Chile*. Santiago, Fiscalía Nacional Económica, 2014, 66p.

del infractor y, para los efectos de disminuir la multa, la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación. Así, la ganancia ilícita opera como un factor de determinación de la pena.

Con fecha 30 de agosto de 2016 se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 20.945 que perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia, modificando el DFL N°1, de 2004, del Ministerio de Economía Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL N° 211 de 1973, que fija normas para la defensa de la libre competencia.

En el Mensaje de esta ley, la Presidenta Michelle Bachelet destacaba que a 55 años de la entrada en vigencia de la primera ley en defensa de la libre competencia, y a pesar de los avances que ha significado dicha regulación, “la aplicación práctica de la ley y la experiencia comparada dan cuenta que Chile requiere efectuar algunos ajustes en su institucionalidad a fin de prevenir y sancionar adecuadamente las prácticas anticompetitivas”⁸⁵.

Esta ley estableció un aumento del monto máximo de las multas, que a criterio de la Corte Suprema es *“la modificación más relevante que se persigue concretar con fines disuasivos”*⁸⁶. Este cambio sustituye la base de cálculo de las multas de hasta 20.000 UTA (USD \$15.6 millones aproximadamente) y de 30.000 UTA aplicable sólo en caso de colusión (USD \$23, 4 millones aproximadamente), por multas a beneficio fiscal que podrán ser equivalente como máximo *“al treinta por ciento de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la infracción durante el período por el cual ésta se haya extendido o hasta el doble del beneficio económico reportado por la infracción”* (artículo 26, letra c)). Además, agrega que *“[e]n el evento de que no sea posible determinar las ventas ni el beneficio económico obtenido por el infractor, el Tribunal podrá aplicar multas hasta por una suma equivalente a sesenta mil unidades tributarias anuales”*. En este caso, el concepto de “ganancias” es asimilado al de “beneficio económico”, manteniéndose este último como criterio para la determinación de las multas.

Este aumento de las multas ante prácticas que atenten contra la libre competencia tiene su fundamento en la insuficiencia que ha tenido la legislación actual para disuadir la comisión de los ilícitos más graves.

⁸⁵ Boletín 9950-03, Boletín 9950-03, que Modifica el decreto con fuerza de ley N° 1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 211, de 1973, que Fija normas para la defensa de la libre competencia, de 19 de marzo de 2015.

⁸⁶ CORTE SUPREMA, Oficio N° 52-2015, Informe Proyecto de Ley 14-2015, 28 de abril de 2005.

Un ejemplo de esto es el “Caso Pollos”⁸⁷, en el cual la Fiscalía Nacional Económica estimó en US\$1.200 millones el daño causado al mercado, no obstante, el Tribunal de Libre Competencia multó con un total de US\$58 millones a las tres empresas coludidas, cifra que representa aproximadamente un 5% de las ganancias ilícitas obtenidas por las empresas.

A raíz de ello, se ha considerado que las multas para ser efectivamente disuasorias deben tener un límite máximo flexible, que permita sancionar por sobre el beneficio económico obtenido por los infractores.

No obstante este aumento en las sanciones de multa, la Ley 20.945 no contempla la figura de un comiso de ganancias operativo, que permitiría combatir el principal móvil en los casos de delitos económicos que atentan contra la libre competencia, el cual es obtener una maximización de las ganancias, aun cuando sea cometiendo actos ilícitos. Es importante la distinción entre multa y comiso de ganancias, pues al tener un fundamento distinto, su aplicación también es diversa.

2. REGULACIÓN DEL COMISO EN LEYES PENALES ESPECIALES Y EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

2.1. Ley General de Pesca y Acuicultura (18.892)

2.1.1. Antecedentes de la Ley General de Pesca y Acuicultura

La Ley General de Pesca y Acuicultura (18.892) fue publicada el día 23 de diciembre de 1989. Según el Mensaje enviado por el Dictador a la Junta de Gobierno, dicha iniciativa tenía por objeto “establecer un régimen jurídico que estatuya reglas para el sector pesquero, y que al mismo tiempo resguarde en forma eficiente la preservación de los recursos hidrobiológicos, y que, finalmente, permita la existencia de un sistema permanente donde se desenvuelvan armónicamente, derechos y deberes, tanto del Estado como del sector privado”.

Esta ley sufrió importantes modificaciones en el ámbito de la sustentabilidad de recursos hidrobiológicos, acceso a la actividad pesquera industrial y artesanal y regulaciones para la investigación y fiscalización

⁸⁷ Sentencia TDLC, 25 de septiembre de 2014, Rol N° 139-2014, ratificada por Corte Suprema, 29 de octubre de 2015, Rol N° 27.181-2014. Disponible en: <www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2015/10/secs_27_181-14.pdf> [consulta: 15 enero 2016]

con la Ley N° 20.657, publicada el 09 de febrero de 2013, la cual ha sido objeto de gran debate en el último tiempo.

Este debate se ha dado pues organizaciones políticas y sociales han planteado declarar su nulidad, en virtud de antecedentes que implicarían cohecho por parte de empresas del sector pesquero a diputados y senadores que habrían votado a favor de la aprobación de dicha normativa. Ante esto se han anunciado por parte del Poder Ejecutivo y Legislativo, modificaciones a la actual regulación.

2.1.2. El comiso en la Ley General de Pesca y Acuicultura.

El artículo 77 de la Ley N° 18.892 planteaba una regulación del comiso. Después de las modificaciones realizadas por la Ley N° 20.657, dicha disposición corresponde al artículo 108, estableciendo lo siguiente:

Artículo 108.- Las infracciones a la presente ley, a sus reglamentos o a las medidas de administración pesquera de la presente ley, adoptadas por la autoridad, serán sancionadas con todas o algunas de las siguientes medidas:

d) Comiso de las artes y aparejos de pesca con que se hubiere cometido la infracción y de los medios de transporte.

e) Comiso de las especies hidrobiológicas o de los productos derivados de éstas. Esta sanción será aplicable a las infracciones a las normas de pesca recreativa, cuando así corresponda según la naturaleza de la infracción.

En esta disposición se aprecia claramente una regulación del comiso de instrumentos (art. 108 d.) y de efectos (art. 108 e.), sin embargo, no existe una regulación del comiso de ganancias.

Revisando la historia de la Ley N° 18.892, podemos apreciar una extensa discusión a propósito de la regulación del comiso, debido a las confusiones de algunos miembros de la Comisión Legislativa de la Junta de Gobierno, quienes confundían la pena de comiso con la de confiscación, por lo cual se dio una discusión sobre la constitucionalidad de dicha medida⁸⁸. Finalmente, se clarificaron las confusiones y se adoptó la redacción actual.

⁸⁸ Historia de la Ley 18.892, Biblioteca del Congreso Nacional, 1989. pp. 784 y ss.

2.2. Ordenanza de Aduanas

2.2.1. Antecedentes de la Ordenanza de Aduanas

La Ordenanza de Aduanas⁸⁹ data de 1953, no obstante ha sido objeto de sucesivas reformas. En esta Ordenanza se tipifican una serie de ilícitos penales con los que se pretende resguardar el correcto desempeño de la función aduanera en tanto actividad de control sobre el tráfico internacional de mercancías.

Los delitos aduaneros, en general, tienen como fundamento la necesidad de proteger tanto el patrimonio como los valores que sirven de base a las prohibiciones y restricciones respecto al tráfico internacional de mercancías, entre los que encontramos la salud pública, seguridad pública, patrimonio histórico y cultural, entre otros⁹⁰.

2.2.2. El comiso en la Ordenanza de Aduanas

El comiso como pena es aplicable a los delitos de fraude y contrabando establecidos en el artículo 178 de la Ordenanza, como también al delito de receptación aduanera, establecido en el artículo 182 de dicho cuerpo normativo. Estos delitos, además de ser castigados con multa que varía según la cuantía del delito, son castigados con el comiso de la mercancía, sin perjuicio de su inmediata incautación.

Asimismo, se contempla la figura del *comiso administrativo*, el cual puede ser aplicado por el Administrador de la Aduana sobre aquellas mercancías abandonadas o rezagadas en las zonas primarias de jurisdicción o en los perímetros fronterizos de vigilancia especial, tal como lo dispone el artículo 183.

Por la naturaleza de esta normativa, no hay una regulación de las ganancias ilícitas producidas por los delitos de fraude o contrabando y sólo se regularía el comiso de los efectos, esto es, el comiso de las mercancías ingresadas ilegalmente cometiendo algún delito contemplado en la Ordenanza de Aduanas.

⁸⁹ DFL N° 30 del 2004, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ordenanza de Aduanas. Ministerio de Hacienda, República de Chile, 18 de octubre de 2004.

⁹⁰ OSSANDON W., Magdalena. 2008. El delito de receptación aduanera y la normativización del dolo. *Revista Ius et Praxis* [online] Vol.14, n.1 <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122008000100003&lng=es&nrm=iso> [consulta: 26 enero 2016]

2.3. Ley de Alcoholes (19.925)

2.3.1. Antecedentes de la Ley de Alcoholes

La Ley de Alcoholes fue publicada el 19 de enero de 2004. La moción parlamentaria plantea como objetivo primordial combatir el alcoholismo, el cual asocian con la delincuencia, violencia intrafamiliar y ausentismo en el trabajo, lo cual lo convierte en un “problema social y económico de proyecciones incalculables para el desarrollo sano y armónico de [la] comunidad nacional”⁹¹. Para dicho objetivo establece un cuerpo normativo que aplica restricciones al otorgamiento de patentes a un local que vende bebidas alcohólicas, restringe la venta a menos de 18 años, establece un régimen de responsabilidad por el hecho de los dependientes en caso de infractores menores de edad, otorga competencia a los Jueces de Policía Local para que conozcan todas las materias relacionadas con la Ley de Alcoholes, y como medida principal, establece sanciones – según el criterio de los parlamentarios – realmente disuasivas, aplicando multas de mayor cuantía y el comiso de las bebidas alcohólicas en determinados casos.

2.3.2. El comiso en la Ley de Alcoholes

El artículo 43 de esta Ley establece como sanción el comiso “de las bebidas y utensilios” en caso de la “existencia de bebidas alcohólicas en cualquier local o negocio no autorizado para expenderlas, siempre que las circunstancias demuestren que dicha existencia tiene por objeto el expendio clandestino de ellas. La circunstancia de sorprender vasos, medidas u otros utensilios comúnmente destinados al expendio, como asimismo, la constatación de que las bebidas se encuentren ocultas, será apreciada por el juez como un antecedente calificado para formar su convicción sobre la responsabilidad de el o de los imputados”. No existió discusión sobre la regulación del comiso y se aprobó tal cual fue propuesto en la moción parlamentaria.

2.4. Ley de Control de Armas (17.798)

2.4.1. Antecedentes de la Ley de Control de Armas

La Ley 17.798 data del año 1972, teniendo como objetivo central poner límite a la proliferación de grupos armados, lo que respondía a la situación política y social de esa etapa de nuestra historia. El legislador

⁹¹ Historia de la Ley N° 19.925, Biblioteca del Congreso Nacional, 2004. 5p.

encargó al Ministerio de Defensa Nacional la supervigilancia y control de las armas, explosivos y otros elementos similares. El Senador Juan de Dios Carmona, en la moción del Proyecto de Ley, manifestó que su objetivo sería “dictar las disposiciones tendientes a terminar con toda clase de grupos o dispositivos armados y de seguridad partidaria, formados al margen de la institucionalidad, provengan de donde provengan, y a garantizar de que las armas sólo estén en poder y sean usadas exclusivamente por aquellos a quienes la Carta Fundamental les encomienda tan delicada función”⁹².

Esta ley no estuvo ausente de críticas, pues fue aprobada por la oposición del Presidente Salvador Allende y, en la práctica, implicó facultades las Fuerzas Armadas para realizar allanamientos en fábricas e industrias a las cuales pertenecían los sectores más organizados de los trabajadores.

Esta normativa se mantuvo íntegra durante la Dictadura cívico-militar y los primeros Gobiernos de la “transición”, siendo modificada recién por la Ley 20.014, publicada el 13 de mayo de 2005. Dicha modificación entregó mayores atribuciones de control y fiscalización a las autoridades ejecutoras (Comandancias de Guarnición de las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile). Asimismo, se establecieron mayores requisitos para la inscripción de armas y se aumentó la penalidad de los delitos existentes, como sucede con los delitos de tenencia y porte ilegal de armas de fuego o elementos sujetos al control de esta ley. Además se agregaron nuevos tipos penales, como la tenencia, o fabricación o porte de artefactos incendiarios (bombas *molotovs*).

Finalmente, las últimas modificaciones a esta Ley fueron realizadas por la Ley N° 20.813, publicada el 06 de febrero de 2015, las cuales dicen relación con un aumento severo de la penalidad de los delitos existentes. Asimismo, establece la acumulación de penas y restricciones de beneficios a los condenados por infracción a esta Ley, restringe la venta de las armas e incorpora nuevas armas al catálogo de armas sujetas a inscripción y al catálogo de armas prohibidas.

2.4.2. El comiso en la Ley de Control de Armas

La presente Ley regula el comiso de las especies cuyo control se dispone en la presente ley, como una pena accesoria a la sanción corporal o pecuniaria. Además, establece el lugar de remisión de dichas especies.

⁹² Historia de la Ley N° 17.798, Biblioteca del Congreso Nacional, 1972. 5p.

En definitiva, el artículo 15 de la Ley de Control de Armas dispone que:

Sin perjuicio de la sanción corporal o pecuniaria, la sentencia respectiva dispondrá, en todo caso, el comiso de las especies cuyo control se dispone por la presente ley, debiendo ellas ser remitidas a Arsenales de Guerra o al Depósito Central de Armas de Carabineros de Chile, según corresponda.

Esta disposición no ha sufrido modificaciones sustanciales a su redacción original establecida en la Ley N° 17.798. Sólo la Ley N° 20.813 agregó el Depósito Central de Armas de Carabineros como lugar donde podrán ser remitidas las armas decomisadas.

2.5. Ley sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo (19.733)

2.5.1. Antecedentes de la Ley N° 19.733

La Ley sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, publicada el 04 de junio de 2001, tiene por objeto desarrollar el marco de protección de las libertades de opinión e información, sancionando aquellas conductas que representan un ejercicio abusivo o erróneo de las mismas.

Esta Ley también ha sido denominada “Ley sobre Abusos de Publicidad”⁹³, pues pasó a sustituir las materias reguladas por la Ley N° 16.643 que llevaba ese título.

2.5.2. El comiso en la Ley N° 19.733.

Para cumplir con sus objetivos, el Proyecto de Ley presentado por el Presidente de la República contemplaba la aplicación del **comiso** de los impresos o de las grabaciones sonoras o audiovisuales de cualquier tipo, por medio de las cuales se haya cometido el delito contemplado en el mismo cuerpo normativo, mediante sentencia condenatoria (artículo 83 del Proyecto de Ley sobre las libertades de opinión y de información y el ejercicio del periodismo, posterior artículo 59 en virtud de las modificaciones realizadas por el primer informa de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados).

⁹³ VERA, A. *op. cit.*, 116p.

En la revisión de la historia de esta ley se verifica que dicha disposición fue modificada durante la tramitación en la Cámara del Senado y posteriormente aprobada por unanimidad dicha modificación en la Cámara de Diputados.⁹⁴ El Senado buscó evitar que los tribunales llegaran a incautar todo el material cuando se encontraran frente a la investigación de alguno de los delitos que sanciona esta ley, por cuanto “puede resultar excesivo en determinados casos, especialmente si luego se determina que no se ha cometido delito”⁹⁵, por lo cual prefirió no incluir normas especiales en esta materia, para sólo hacer aplicables las reglas generales del Código de Procedimiento Penal.

Finalmente, producto de estas apreciaciones, el artículo 45 de la Ley N° 19.733 incorporó un inciso al artículo 504 del Código de Procedimiento Penal, el cual estableció que cumpliéndose los requisitos del artículo 374 del Código Penal, se ordenará la destrucción total o parcial, según proceda, de los impresos o de las grabaciones sonoras o audiovisuales de cualquier tipo que se hayan decomisado durante el proceso.

Por la naturaleza de la materia que regula esta ley, sólo se contempla el comiso de los instrumentos del delito y no existe una regulación del comiso de ganancias. Asimismo, esta regulación hace una remisión a las reglas generales del comiso, agregando sólo la destrucción total o parcial de los instrumentos decomisados.

IV. CONCLUSIONES.

En el presente capítulo podemos apreciar lo problemático que resulta la aplicación del comiso de ganancias en el Derecho chileno.

En primer lugar, no existe una regulación sistemática de esta institución. Sólo una posición minoritaria de la doctrina y la jurisprudencia ha considerado que el comiso de ganancias se encontraría incorporado en el comiso de los efectos establecido en el artículo 31 del Código Penal. Por lo demás, aun cuando se considere al comiso de las ganancias mediante una interpretación extensiva del comiso de los efectos, sigue siendo tratado como una pena accesoria, lo cual dificulta su aplicación y no se condice con el fundamento propio de esta medida, el cual sería distinto al del comiso de instrumentos y efectos.

⁹⁴ Historia de la Ley 19.733, Biblioteca del Congreso Nacional, 2001, 1075p.

⁹⁵ *Ibid.*

En segundo lugar, si bien existen leyes penales especiales que contemplan la aplicación del comiso de ganancias, ésta queda circunscrita sólo al catálogo específico de delitos establecidos en las leyes de Lavado de Activos, en la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y la Ley de Tráfico de Estupefacientes y otras sustancias sicotrópicas. Esto impide su aplicación general al resto de delitos económicos y de la criminalidad organizada no contemplados en estas leyes.

En tercer lugar, podemos apreciar que las demás leyes penales especiales y normativas del Derecho Administrativo, y en especial, del Derecho Administrativo Sancionador, que contemplan la figura del comiso, también lo hacen sólo restrictivamente al comiso de efectos e instrumentos, no planteando una discusión a propósito del comiso de las ganancias. Asimismo, la normativa que regula la libre competencia sólo utiliza las ganancias del delito como criterio determinador de la pena de multa. Ni siquiera la nueva normativa sobre Libre Competencia planteó la regulación del comiso de ganancias.

En definitiva, podemos concluir del presente capítulo que existe una problemática y escasa aplicación del comiso de ganancias en el Código Penal, leyes penales especiales y en el Derecho Administrativo Sancionador. Esto significa que el Derecho Penal no tiene una política criminal idónea para despojar al delincuente de las ganancias o provechos obtenidos de sus actividades ilícitas.

CAPÍTULO II

EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

El presente capítulo tiene por objeto analizar la institución del enriquecimiento injusto, su evolución y tratamiento en las distintas tradiciones jurídicas, como también el desarrollo que ha tenido actualmente en el derecho comparado, doctrina y jurisprudencia, de modo que podamos analizar si esta institución puede ser considerada como fundamento del comiso de ganancias. Para esto será necesario revisar el tratamiento que ha dado la doctrina a esta institución en el derecho comparado como en el derecho nacional, y analizar cuáles serían los elementos esenciales que debería comprender para sostener la hipótesis de esta Memoria.

De esta forma, será necesario esbozar un concepto de enriquecimiento injusto en relación a las distintas terminologías sobre el mismo. Luego, se realizará un recorrido por la evolución de este concepto, revisando su regulación en el Derecho Romano, en el Derecho Natural y posteriormente su regulación en las principales tradiciones jurídicas, donde destaca la alemana y francesa.

Asimismo, se revisará cómo el derecho comparado acogió de distintas formas la institución del enriquecimiento injusto. Por un lado, los alemanes la construyeron a partir de una reconstrucción del derecho de *condictiones* romanas y, posteriormente, realizando una tipología de los casos que abordaría el enriquecimiento injusto a partir de situaciones concretas. Por otro lado, la legislación francesa reguló sólo determinadas instituciones asociadas al enriquecimiento injusto (como el pago de lo no debido y la gestión de negocios ajena), lo cual produjo una deficiencia regulatoria que fue subsanada por la jurisprudencia.

Posteriormente, se analizará el desarrollo de la tipología actual del principio de enriquecimiento injusto en las distintas tradiciones jurídicas, lo cual nos permitirá evaluar su compatibilidad como fundamento del comiso de ganancias.

Finalmente, se analizará el desarrollo del enriquecimiento injusto en el Derecho chileno a partir de la jurisprudencia y la doctrina, con especial énfasis, en los requisitos que actualmente se exigen y las propuestas de *lege ferenda* y nuevas consideraciones de esta institución por parte de los autores especialistas sobre la materia.

I. EL CONCEPTO DE ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

1. INTRODUCCIÓN

“*Dar a cada uno lo suyo*” afirmaba Ulpiano, lo cual supone que una persona debe tener y disfrutar, pedir y recibir, lo que le corresponde. Esta idea está relacionada con el concepto de justicia conmutativa de Aristóteles, la cual concierne a las relaciones entre sujetos privados, y ha de estar basada en un respeto fundamental por los derechos de los demás⁹⁶.

Para algunos autores, como Reinhardt Zimmermann

*el enriquecimiento injusto, en cierto modo, constituye el reverso del derecho de daños. [...] Que el demandante haya sufrido algún menoscabo patrimonial es tan poco relevante como el beneficio del agente en el derecho de daños. El hecho de que el demandado posea algo que sólo otra persona está legitimada para poseer infringe las reglas de la justicia conmutativa*⁹⁷.

Así, puede plantearse que el derecho de daños y las normas sobre enriquecimiento injusto constituyen dos mecanismos para implementar las reglas de *suum cuique tribuere* (dar a cada uno lo suyo): una que atiende al daño que sufre la víctima (con independencia de la posible ganancia del agente), otra que lo hace al beneficio que obtiene el demandado (sin que interese el empobrecimiento correlativo del demandante). El ideal radicaría en que el ordenamiento jurídico otorgara un recurso jurídico siempre que se produjera un enriquecimiento injusto porque alguien ha obtenido un provecho que corresponde a otro⁹⁸.

Más allá de esta síntesis realizada por Zimmermann, el estudio del enriquecimiento injusto no es fácil de abordar. En primer lugar, porque el tratamiento en el derecho comparado es diverso y en muchos de ellos no hay claridad sobre su aplicación y naturaleza. En algunos países, se encuentra codificada con más o menos detalle, y su origen se encontraría en el derecho de *condictiones*, como es el caso de Alemania, Suiza, Italia y Portugal. En otros países, la doctrina del enriquecimiento injusto ha sido elaborada a partir de la jurisprudencia, como es el caso de España, Francia y Chile. De esa forma, el desarrollo histórico

⁹⁶ ZIMMERMANN, Reinhardt. Estudios de Derecho Privado Europeo. Traducido por Antoni Vaquer. Madrid, Civitas, 2000. 229p.

⁹⁷ *Id.* 230p. El autor sostiene que una exposición más detallada se puede encontrar en el estudio de Walter Wilburg, *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht, 1934*, pp. 5 ss y 97 ss.; además, en Paolo Gallo, *L'arricchimento senza causa*, 1990, pp. 15 ss.

⁹⁸ *Id.* 231p.

del enriquecimiento injusto ha sido diferente según las distintas tradiciones jurídicas, aún cuando en el presente tienden a converger.

En segundo lugar, existe una discusión sobre la terminología del enriquecimiento injusto, injustificado o sin causa. Así, para algunos autores todas estas acepciones tienen el mismo significado, mientras que para otra parte de la doctrina cada acepción dice relación a un concepto diferente, entre los cuales se entremezclan relaciones de género y especie. Su denominación no es baladí, pues da origen a tradiciones distintas de este principio que tiene implicancias en la aplicación de éste.

En tercer lugar, el origen del principio y la aplicación de esta institución no están del todo claros. Para parte de la doctrina el enriquecimiento injusto es un principio del derecho que debe ser aplicado en distintas instituciones. Para otra parte de la doctrina, el enriquecimiento injusto es una fuente autónoma del derecho. Finalmente, para otros es una continuación de las *condictiones* del derecho romano, las cuales daban lugar a una *actio* o acción para restablecer la armonía patrimonial cuando se producía un enriquecimiento en un patrimonio sin mediar justificación legal alguna.

2. DENOMINACIÓN Y TERMINOLOGÍA.

Si bien la antigüedad de este principio podría autorizarnos a creer en la precisión y unidad de su contenido jurídico, un somero estudio de los autores que han tratado esta materia nos convence de lo contrario, pues se observan manifiestas discordancias en la denominación de esta institución y las características y requisitos que contiene.

En efecto, sobre esto último los autores emplean denominaciones propias, las que naturalmente están de acuerdo con su propio concepto de la institución en cuestión, pero que, a menudo, no reflejan su verdadero contenido. En el derecho inglés y en el derecho alemán esta discusión no tiene mayor significancia según el profesor Peter Birks⁹⁹. Sólo se discutiría en el derecho inglés si la traducción desde el derecho alemán es *unjust* o *unjustified*. Según la doctrina inglesa mayoritaria, no habría nada que escoger entre “injusto” e “injustificado”, pues no tendría implicancias normativas. Sin embargo, los eruditos alemanes que escriben en inglés ciertamente preferirían utilizar “*unjustified*”, por ser una traducción más apegada a la palabra escogida en el título correspondiente a este tema en su Código (*ungerechtfertigte Bereicherung*). De todas formas, la palabra “injusto” parece haber ganado entre los

⁹⁹ BIRKS, Peter. Enriquecimiento Injusto. Traducido por Daniela Arce, Daniela Castillo y Felipe De Marinis. 2011. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 387p.

autores que escriben en inglés, pues como sostiene Birks, tiene la ventaja de ser más corto y más flexible¹⁰⁰.

En la tradición jurídica francesa-española, seguida por el derecho chileno, autores como Luis Díez-Picazo, sostienen que la denominación de esta institución no tendría mayor importancia si se entiende el origen y la función del principio de enriquecimiento injusto; sin embargo, otros se esfuerzan en marcar diferencias entre una u otra denominación, como De La Cámara. Este autor sostiene que la relación entre enriquecimiento injusto y enriquecimiento sin causa sería de género a especie, representando un interés sólo por el enriquecimiento sin causa, pues el concepto de enriquecimiento injusto incluiría a un abanico de casos de enriquecimiento que no estarían cubiertos por acciones jurídicas¹⁰¹. Inclusive, algunos autores como los hermanos Mazeaud, consideran que en términos jurídicos debe hablarse únicamente de enriquecimiento sin causa, porque la noción de enriquecimiento injusto es susceptible de sugerir la idea de que la acción se concede porque el enriquecimiento es contrario a la equidad¹⁰². Esta misma prevención la tienen los autores que critican al enriquecimiento injusto como principio general del derecho por suponer una aplicación demasiado generalizada.

En esta discusión sobre el nombre de la institución, las denominaciones de enriquecimiento injusto o injustificado, y enriquecimiento sin causa, serían las más utilizadas por la doctrina, jurisprudencia y por las mismas legislaciones.

No obstante, existen denominaciones menos conocidas, entre las cuales podemos mencionar a modo de ejemplo el “*enriquecimiento sin derecho*” empleada por Baudry-Lacantiniere; “*enriquecimiento ilegítimo*”, utilizado por Joserrand; y “*enriquecimiento sin causa legítima a expensas de otro*”, como sostiene Marcel Planiol¹⁰³. Esta última denominación es utilizada en el derecho chileno por Elena Caffarena en su Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales¹⁰⁴.

Asimismo, otra denominación utilizada, y a la vez la más extendida, es la de “*enriquecimiento sin causa*”. Esta denominación tiene distintos orígenes, según el significado que se le dé al concepto “causa”. Algunos autores sitúan la causa en el plano de las obligaciones contractuales como requisito de existencia

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ DE LA CÁMARA, Manuel. Enriquecimiento injusto y enriquecimiento sin causa. En: DE LA CÁMARA, Manuel. DÍEZ-PICAZO, Luis. Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa. Madrid, Ed. Civitas, 1988. 140p.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. 6ª ed. Madrid, Civitas, 2007. 63p.

¹⁰⁴ Vid. CAFFARENA, Elena. 1926. El enriquecimiento sin causa a expensas de otro en el derecho civil Chileno. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

del contrato; en cambio, otros significan a la causa como la relación jurídica que explica, justifica y sirve de base a la adquisición de un valor.

Para los efectos de esta Memoria, utilizaremos el concepto de “*enriquecimiento injusto*”. Si bien nuestra tradición jurídica -proveniente del derecho francés y español- denomina a esta institución como enriquecimiento sin causa, preferimos utilizar el concepto de *enriquecimiento injusto*, por considerar que se trataría de una terminología más específica que evita las confusiones que se han generado respecto al concepto “*causa*”, el cual ha sido vinculado en mayor medida con la relación entre enriquecido-empobrecido. En cambio, la denominación de enriquecimiento injusto mantiene el foco en la situación patrimonial ilícita.

3. DIFERENCIAS CON EL DERECHO DE DAÑOS.

La doctrina se refiere al derecho de daños y al principio de enriquecimiento injusto como dos caras de una misma moneda, entre las cuales existen diferencias. El derecho de daños persigue la compensación de la pérdida ocasionada, mientras el principio de enriquecimiento injusto buscaría la restitución de provechos. Estas diferencias son más nítidas en el derecho alemán, como se verá más adelante.

Sin embargo, algunos autores, principalmente de la tradición jurídica francesa y española, dicen que el objetivo de la *actio in rem verso*, acción propia para corregir el enriquecimiento injusto, tendría el efecto de “*indemnizar*” al empobrecido. La máxima expresión de esto es el tratamiento del enriquecimiento injusto por Planiol, quien pretendió hacer coincidir la pretensión por enriquecimiento injusto y la pretensión por daños y perjuicios¹⁰⁵.

Ante esta confusión, Núñez Lagos argumenta a favor de la distinción entre el derecho de daños y el principio de enriquecimiento injusto:

(i) 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.

¹⁰⁵ FUEYO LANERI, Fernando. Instituciones de Derecho Civil Moderno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990. 465p.

(ii) *La pretensión por daños necesita fijar la relación de causa a efecto entre el agente provocador y el daño, mientras que la pretensión por enriquecimiento fija dicha correlación entre el patrimonio del enriquecido y el del empobrecido.*

(iii) *En la pretensión por daños, la reparación se extiende al daño total, sin limitación de Derecho, mientras en la pretensión de enriquecimiento la restitución tiene su objeto y su medida en la cuantía del enriquecimiento.*

(iv) *La pretensión por daño nace siempre de un hecho ilícito (delito civil o cuasidelito), mientras que la pretensión de enriquecimiento nace normalmente de un hecho jurídico lícito, pero puede nacer también de un acto ilícito¹⁰⁶.*

En resumen, si bien el derecho de daños y el derecho de enriquecimiento injusto dicen relación con las reglas de “dar a cada uno lo suyo”, este último pretende restablecer el equilibrio patrimonial alterado y no tiene su objetivo en la indemnización de la víctima, como sucede con el derecho de daños.

La definición de enriquecimiento sin causa dada por Álvarez-Caperochipi nos permite apreciar la diferencia entre el derecho de daños y de enriquecimiento sin causa:

puede considerarse [al enriquecimiento injusto] como un principio general del Derecho que informa todo el ordenamiento jurídico (y que es la otra cara del principio que obliga a dar a cada uno lo suyo), y como una acción que a través de la jurisprudencia se ha concretado hasta convertirse en una norma de aplicación inmediata¹⁰⁷.

4. ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: DERECHO *IN PERSONAM* Y/O DERECHO *IN REM*

La discusión sobre el carácter del enriquecimiento injusto, como derecho *in personam* y/o derecho *in rem* es una de las más importantes en la tradición civilista continental. Así, para parte de la doctrina el enriquecimiento injusto es un derecho *in personam*, que da al demandante un derecho para que el enriquecido le restituya, mientras que para otra éste generaría no solo un derecho *in personam*, sino que también un derecho *in rem*.

El derecho relativo a los derechos *in personam* suele llamarse derecho de las obligaciones. Por tanto, cuando decimos que las obligaciones nacen, entre otras fuentes, de los ilícitos y de los enriquecimientos

¹⁰⁶ NÚÑEZ LAGOS. Citado por “Diccionario de Derecho Privado”, tomo I, pág. 1795. Dirigido por Ignacio de Casso y Romero y Francisco Cervera. Editorial Labor, S.A. Barcelona, 1950. *apud* FUEYO, F. *loc. cit.*

¹⁰⁷ ÁLVAREZ-CAPEROCHIPÍ, José. El enriquecimiento sin causa. Granada, Comares, 1993. 415p.

injustos, podemos decir fácilmente, mirándolo desde el otro extremo, que los derechos *in personam* o los derechos personales nacen del mismo modo¹⁰⁸.

Así como el derecho de las obligaciones se refiere a los derechos *in personam*, el derecho de propiedad trata de los derechos *in rem*. Un derecho *in rem* es un derecho real, o simplemente, un derecho de propiedad. Las riendas que están en la mano del demandante están ligadas, en el otro extremo, a una *res* o cosa.

El derecho relativo al enriquecimiento injusto se posa sobre la frontera que está entre las dos. Los enriquecimientos injustos dan origen tanto a derechos *in personam* (obligaciones) como a derechos *in rem* (derechos reales). Lo mismo se aplica a los ilícitos¹⁰⁹.

5. CONCLUSIONES

La conceptualización y denominación del enriquecimiento injusto no ha sido una cuestión pacífica en la doctrina. En la presente Memoria, a pesar de las distintas denominaciones de la institución objeto de estudio, utilizaremos la denominación de enriquecimiento injusto, pues nos parece más precisa que la utilizada en nuestra tradición jurídica – *enriquecimiento sin causa*-, que ha producido diversos problemas en su interpretación, relacionándolo muchas veces con la existencia de la causa (entendida como requisito de existencia de los actos jurídicos).

Asimismo, es importante diferenciar entre el derecho de daños y el enriquecimiento injusto. Si bien como dice Zimmermann, corresponden a las dos caras de una misma moneda, sus fines y condiciones de aplicación son distintos. El derecho de daños da lugar a una indemnización por los perjuicios producidos, en cambio, el derecho de enriquecimiento injusto tiene por objeto restablecer una situación patrimonial, evitando el enriquecimiento sin justificación que pueda beneficiar a una persona.

Para tener mayores claridades sobre las implicancias del enriquecimiento injusto y las razones de su tratamiento diverso por parte de la doctrina, es necesario remontarse a sus orígenes históricos.

¹⁰⁸ BIRKS, P. *op. cit.*, 232p.

¹⁰⁹ *Id.*, 233p.

II. EVOLUCIÓN DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

1. EL DERECHO DE LAS *CONDICTIONES* EN EL DERECHO ROMANO

Es una norma fundamental del derecho dar a cada uno lo suyo; y es su consecuencia, la prohibición de enriquecerse sin causa a expensas de un tercero¹¹⁰. Esta expresión es un ideal jurídico y moral que fue reconocido y sancionado por el pueblo romano en diversos preceptos.

Para algunos autores, como Díez-Picazo y Gullón, está fuera de toda duda que la categoría moderna del enriquecimiento injusto o sin causa tiene su origen en la regulación romana de las *condictiones*¹¹¹, aun cuando esta institución romana tenía orígenes, contornos y funciones en cierta medida inciertos.

La acción de enriquecimiento injusto en el derecho romano se fue creando y desarrollando de acuerdo a las exigencias prácticas que le imponían los cambios sociales, económicos, políticos y jurídicos de la época. Estas *condictiones* eran acciones personales de restitución, que se aplicaban en ciertas situaciones particulares en las que se consideraba que el enriquecimiento era injusto. Esto ha llevado a sostener a algunos autores, como Guzmán Brito, que los juristas romanos no llegaron a conocer propiamente un sistema de fuentes o causas de las obligaciones, sino un sistema de acciones obligacionales¹¹².

En palabras de Enrique Torino, la justicia y simplicidad del principio de enriquecimiento sin causa hicieron que se impusiese sin esfuerzo a la consideración del legislador romano; y así le dio expresión jurídica en relación a diversas hipótesis particulares, no obstante la multiplicidad de los elementos en juego dificultaron la generalización del principio, y de sus lógicas, consecuencias y aplicaciones¹¹³.

En el derecho romano se distinguía entre *condictiones* y *actio*. Estas últimas tenían como antecedente un contrato que justificaba el desplazamiento patrimonial, en cambio, en las *condictio* no había causa alguna que justificara dicho desplazamiento. Actualmente, dicha diferencia no tiene importancia. La *condictio* que sancionaba el enriquecimiento sin causa no reclamaba un objeto indeterminado, sino el aumento patrimonial que injustificadamente experimentara la persona contra quien se intentaba la acción¹¹⁴.

¹¹⁰ TORINO, Enrique. Enriquecimiento sin causa: contribución a su estudio: seminario de derecho civil. Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 1928. 3p.

¹¹¹ DÍEZ-PICAZO, Luis. GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. II. Madrid, Tecnos, 2001. 521p.

¹¹² GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Derecho Romano Privado*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001. Tomo I. 702p.

¹¹³ TORINO, Enrique. *op. cit.*, 4p.

¹¹⁴ AGUIAR LOZANO, Hugo. 2010. Tratado sobre la teoría del enriquecimiento injustificado o sin causa en el derecho civil de las obligaciones [en línea] www.eumed.net/libros-gratis/2010c/748/index.htm [consulta: 05 febrero 2016] 32p.

A partir del derecho de *condictiones* se ha generado una disputa más general en materia de enriquecimiento injusto, la cual se refiere a si las acciones son reconocidas a partir de un solo principio general o si se asume la necesidad de separar supuestos de hechos diferentes. Asimismo, se ha planteado otra discusión que dice relación con la exhaustividad que el derecho romano regulaba su sistema de acciones y fuentes de derecho.

Respecto a la primera discusión, el profesor Enrique Barros sostiene que al dar una mirada comparada se evidencia que las hipótesis concretas de enriquecimiento injusto son difícilmente subsumibles en un solo conjunto abstracto de supuestos, como ha tendido a ocurrir en el derecho francés y en otros ordenamientos que históricamente le han sido cercanos¹¹⁵, donde se ha establecido un único fundamento basado en el principio de equidad.

Respecto a la segunda discusión, autores como Díez-Picazo han sostenido que las *condictiones* no tenían un contorno, origen y funciones tan claras, por lo cual no se podía hablar de un sistema compacto de fuentes del derecho en el Derecho Romano. En cambio, para otros autores como Elena Caffarena, el principio del enriquecimiento sin causa presenta en el Derecho Romano un sistema perfectamente organizado, desechando la posición de los autores que consideran que se trataría de una noción nueva, que podría destruir los principios jurídicos más sólidos¹¹⁶.

1.1. *Condictiones* reguladas por el Derecho Romano

Las *condictiones* reguladas por el derecho romano fueron las siguientes:

- a. La *condictio indebitii*, que se concedía siempre que se pagaba por error – sólo error de hecho – una deuda en realidad inexistente, ya por carecer de existencia o porque habiendo existido hubiera sido cancelada por el obligado. Aunque en el caso no había acuerdo de voluntades, ni por tanto, contrato, la situación se asemejaba a la que era consecuencia del mutuo.
- b. La *condictio ob causam dorum* o, en el lenguaje justiniano, *causa data causa non secuta*, por la que se reclamaba la devolución de lo que una persona hubiese recibido en atención a

¹¹⁵ BARROS B., Enrique. Restitución de ganancias por intromisión en derecho ajeno, por incumplimiento contractual y por ilícito extracontractual. Madrid, 2009. 4p.

¹¹⁶ Vid. Caffarena, E. *loc. cit.*

una *condictio*. Se aplicaba al supuesto del que había recibido una cosa como dote y el matrimonio no se celebraba y a la donación *sub modo*, cuando el donatario no cumplía con el cargo impuesto por el donante. Era una atribución patrimonial que una persona había hecho con un fin no deshonesto en vista de obtener un resultado futuro que no se produce.

- c. La *condictio ob turpem vel iniustam causam*, ejercitable para reclamar lo entregado a otra por una causa desaprobada por la ley, o bien para que realizara un acto contrario a la moral o el derecho, o para que se abstuviese de cumplirlo mediante una compensación. En cualquier caso se exigía que la “torpeza” (=actitud inmoral o antijurídica) se diera de parte de quien recibía en vista de tales fines¹¹⁷.

A estas tres centrales *condictiones* el Digesto justiniano añade otras: (i) la *condictio sine causa*, cuando alguien hace una promesa sin causa, que se diferencia de las anteriores en que en lugar de una *datio* se produce una simple *promissio*; (ii) la *condictio furtiva*, que permite reclamar la cosa hurtada o su valor, y obliga no sólo al autor del hurto, sino a sus herederos¹¹⁸; (iii) la *condictio ex lege*, de la cual se dice en un texto de Paulo que cuando una nueva ley introduce una nueva obligación y no se ha prevenido en ella el tipo de acción que se da, se entiende que es la *condictio*¹¹⁹.

1.2. Fundamento y origen de las *condictiones*

Según Arias Ramos¹²⁰, existen dos grandes tesis nucleares sobre el fundamento y el origen de la *condictio*. La primera tesis, cuyo mayor exponente fue Savigny, sostiene que la *condictio* es un medio de complementar la reivindicación. Mediante ella el propietario reclama la cosa de aquel a quien se la entregó y que no tiene suficiente título de retener. Partiendo de este núcleo primitivo, siempre según esta tesis, la *condictio* se habría extendido a otras hipótesis por dos vías, que fueron: la de la *datio* efectiva prescindiendo del compromiso de devolver, que da lugar a la llamada *condictio indebitii* y en general a la *condictio sine causa* y la de los compromisos de devolución aunque no haya efectiva *datio*.

¹¹⁷ ARGUELLO, Luis R. Manual de derecho romano. Historia e instituciones. 3ª ed. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2002, pp. 348-349.

¹¹⁸ La *condictio furtiva* es la acción civil que emerge de la comisión del delito de *furtum*. Tiene de característico la energía de sus efectos, y su extensión. La reivindicación, introducida como protección del propietario en todos los casos en que el ejercicio de las acciones personales resultase inocuo, y generalizado después, es su efecto sobresaliente. Su extensión la determina el daño real sufrido por el lesionado; a ella debe sumarse lo que sobre el mismo punto estatuye la *actio furti*. El fundamento y finalidad de esta *condictio* no debe buscarse dentro de las ideas que sustentan las otras, porque es ajena a ellas; debe considerarse más bien, dentro del sistema de las *condictiones*, como una anomalía.

¹¹⁹ DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *op. cit.*, 522p.

¹²⁰ ARIAS RAMOS, J. 1944. Entorno a la génesis del enriquecimiento sin causa. *Revista de Legislación y Jurisprudencia* (2). pp. 29 y ss.

La otra tesis, representada por Pernice y por Girard, parte de la idea de que el que retiene sin causa una cosa procedente de otro es deudor de la restitución, lo que parece probado por un texto que Ulpiano (D. 12, 5, 6) atribuye a Sabino: “*id quod iniusta causa apud aliquem sit, posse condici*”¹²¹.

El jurista Luis Díez-Picazo sostiene que los romanos no tuvieron un desarrollo dogmático acabado de la materia y se limitaron a regular solo ciertas situaciones mediante las *condictiones* que revisamos. Así, el desarrollo de las *condictiones* se le puede atribuir al periodo de la Glosa, en el cual se recoge el texto de Pomponio que sostiene que “*nadie puede enriquecerse injustamente con daño de otro*”. Sin embargo, dicha regla no es absoluta, pues el derecho ampara determinadas situaciones en que una persona se enriquece injustamente con daño de otro (v.gr. cuando se ordena que una acción ha prescrito o cuando opera la usucapión o prescripción adquisitiva). Por ello, la Glosa se ve obligada a correlacionar los textos y a extraer de ellos un sentido general y formular inevitables distinciones¹²².

Para Díez-Picazo, a partir de las conclusiones de Helmut Coing, en resumen, sostiene que

*el modo de ver las cosas de la Glosa se puede caracterizar diciendo que ve en la interdicción del enriquecimiento un genuino principio configurador del Derecho positivo, que no solo cristaliza en las condictiones, sino también en otras regulaciones y decisiones jurídicas. Ensanchó vigorosamente el ámbito de aplicación de la conditio y especialmente el de la conditio sine causa y, con ello, desde el punto de vista de la historia del Derecho, entremezcló supuestos autónomos de enriquecimiento, como las llamadas pretorias de enriquecimiento, con el Derecho de las condictiones. En ambas direcciones, sin embargo, no se hace otra cosa que desarrollar lo que Justiniano había planteado*¹²³.

Distintos juristas romanos realizaron diferentes clasificaciones y divisiones de las *condictiones*, las cuales sólo bajo el régimen de Justiniano alcanzaron una fijeza absoluta y definitiva¹²⁴.

¹²¹ DÍEZ-PICAZO, Luis. La doctrina del enriquecimiento injustificado. En: DE LA CAMARA, Manuel. DÍEZ-PICAZO, Luis. *op. cit.*, 72p.

¹²² *Id.*, 74p.

¹²³ *Id.*, 82p. Para un estudio más exhaustivo del tratamiento de la Glosa a las *regulae iuris*, revisar: HELMUT COING, *Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung bei Accursius*, en “*Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*”, Rom. Abt., 80, 1963, pp. 396 y ss.

¹²⁴ CUQ, *Les institutions juridiques des romains*, Paris, 1902 *apud* TORINO, E., *op. cit.*, 5p.

Parte importante de estas *condictiones* han sido incorporadas en el derecho civil de influencia francesa en la doctrina del contrato gracias a la doctrina de la causa; lo contrario ocurre en el derecho alemán y el *common law*, donde han mantenido su tipificación como *condictiones*¹²⁵.

1.3. Relación entre las *condictiones* y la *actio in rem verso*

La *condictio* se fue asimilando a la *actio in rem verso*, la cual era una acción de repetición del enriquecimiento procurado al *paterfamilias*, semejante por su finalidad a las *condictiones*, pero diferenciándose de éstas por su carácter de acción concreta y por la ausencia de un *negotium juris* entre enriquecido y dañado. La *actio in rem verso* procedía en aquellos casos en que una persona bajo potestad (como un esclavo o un hijo, en el derecho romano) contraía obligaciones sin estar autorizado para ello, generando utilidades para el jefe de la familia. Así, quien contrataba con la persona bajo potestad tenía una acción para recuperar el perjuicio sufrido en el provecho obtenido en favor del *paterfamilias* o *dominus*, y luego, en el monto del peculio del incapaz o esclavo, en el caso que lo tuviesen.

Esta regulación era así en el derecho clásico romano, pero con posterioridad la *actio in rem verso* se extendió contra toda otra persona que hubiese recibido ventajas de las convenciones concluidas entre terceros o de los actos de particulares. Desde ahí comienza a confundirse la aplicación de la acción, y pasa a ser considerada como una acción general de enriquecimiento, como lo podemos ver actualmente en el derecho italiano, español y francés¹²⁶, adquiriendo un vínculo inseparable cuando la doctrina habla del principio de enriquecimiento injusto y de su acción correlativa para corregir dicha situación patrimonial.

1.4. Conclusiones

Como conclusión, podemos decir que el desarrollo de las *condictiones* del derecho romano constituye el primer antecedente de la teoría del enriquecimiento injusto. Las *condictiones* fueron recogidas por el derecho natural escolástico y por el derecho alemán, como veremos a continuación, constituyendo una tradición jurídica distinta a la del derecho francés, el cual construye el enriquecimiento sin causa como principio general, sin hacer referencia explícita a las *condictiones* romanas.

¹²⁵ BARROS, E. *op. cit.*, 1p.

¹²⁶ Cfr ZIMMERMANN, R. *loc. cit.*

Si bien tuvieron un origen casuístico y contornos no definidos claramente, hubo un intento por sistematizar estas *condictiones*, situación que se lograría mediante la Glosa y bajo el régimen de Justiniano, lo cual permitió su posterior desarrollo en el derecho alemán.

Asimismo, pudimos apreciar que la *actio in rem verso* correspondía a una acción independiente del enriquecimiento injusto, sin embargo, dicha acción se extendió contra toda persona que hubiese recibido ventajas patrimoniales de las convenciones concluidas entre terceros o de los actos de particulares, por lo cual comenzó a asimilarse como una acción que se podía impetrar ante cualquier situación de enriquecimiento injusto.

2. EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO EN EL DERECHO NATURAL

Si bien hay autores que atribuyen el origen del principio de enriquecimiento injusto a las *condictiones* romanas, es frecuente que diversos autores en esta discusión sobre el origen o la evolución del enriquecimiento injusto, se refieran a la frase de Pomponio, recogida en el Digesto como una *regula iuris*¹²⁷, según la cual “*es justo por Derecho natural que nadie se enriquezca con perjuicios y lesión de otro*”. La doctrina del Derecho Natural racionalista entre los siglos XVII y XVIII se apropia de esta frase, la cual según Pomponio, procedía del derecho natural¹²⁸.

La síntesis entre los comentarios a las *condictiones* del Derecho Romano y a la *regula iuris* de Pomponio fueron realizados por la Glosa y por la doctrina del Derecho Natural racionalista, especialmente por el aporte de Hugo Grocio.

Como mencionábamos, la Glosa ensanchó el ámbito de aplicación de la *condictio*, y en especial, de la *condictio sine causa*, entremezclando supuestos autónomos de enriquecimiento con el Derecho de *condictiones*. Esto fue adoptado por la doctrina del Derecho Natural, la cual consolidó la figura de una *condictio sine causa* de carácter general. Y también, extendió la aplicación de la *actio in rem verso* a diferentes situaciones del derecho común. En virtud de ella, permitieron reclamar una ventaja o beneficio patrimonial que se obtiene por intermedio del patrimonio de un tercero. Así, la *condictio sine causa* aplicaba para exigir un enriquecimiento directo, en cambio la *actio in rem verso* aplicaba para exigir una indemnización por una utilidad obtenida indirectamente. Sin embargo, la escuela iusnaturalista terminó

¹²⁷ Máximas o principios del derecho romano inserto en el texto *Regulae Iuris* de Dino de Mogello.

¹²⁸ H. COING, *Europäisches Privatrecht* 1500 bis 1800, Tomo 1.º “Alteres Gemeinesrecht”, Munich, 1958, 93p. *apud* DIEZ-PICAZO, L. «La doctrina...», *op. cit.*, 87p.

confundiendo la *condictio sine causa* con la *actio in rem verso*, aplicando ambas instituciones indistintamente¹²⁹.

Dicha síntesis fue recogida por las legislaciones europeas, destacando el Derecho general prusiano (1794) y el Código civil austriaco (1811), los cuales serán utilizados posteriormente por la doctrina alemana del siglo XIX.

3. EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO EN LA CODIFICACIÓN ALEMANA

El derecho alemán es aquel que tiene mayor relación con el derecho romano de *condictiones*. De todos los sistemas posteriores a este último, el derecho alemán es con el que conserva mayor analogía, siendo los caracteres y elementos constituyentes del principio, como sus efectos, semejantes en ambos derechos. Si ambas legislaciones no son completamente idénticas, se debe a razones de técnica constructiva que operaron en la confección del Código Civil alemán y por la natural evolución en materia de obligaciones.

Los primeros antecedentes del enriquecimiento injusto los podemos encontrar en el Código Civil de Baviera (*Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* de 1794) que rige en Alemania hasta 1900, cuando comienza a regir el *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB). Dicho Código, en su libro sobre obligaciones, mantiene el sistema romano de *condictiones*¹³⁰, considerando de forma imprecisa que nadie debe enriquecerse en detrimento de otro.

Así, llegamos a la Codificación Alemana, donde destacó la tensión existente entre casuismo y cláusulas generales cuando se refería al Derecho de Enriquecimiento y al Derecho de Daños¹³¹. El primer proyecto de Código Civil alemán toma el camino del casuismo, siendo criticado por diferentes autores, entre los cuales destacan Otto von Gierke y Otto Lenel. Las críticas de estos autores fueron dirigidas a señalar la imposibilidad de encontrar un principio unitario en una regulación dominada por el casuismo¹³².

El Código Civil alemán (BGB), para superar esta tensión entre casuismo y cláusulas generales, realiza una síntesis entre ambas. La cláusula general recogida por el inciso primero del párrafo 812, sostiene

¹²⁹ DÍEZ-PICAZO, L. «La doctrina...», *op. cit.*, 83-84pp.

¹³⁰ FÁBREGA, Jorge. El enriquecimiento sin causa. Colombia, Plaza & Janes, 1996. Vol.1. 63p.

¹³¹ REUTER. M. MARTINEK. *Ungerechtfertigte Bereicherung*, Tübingen, 1983, pp. 15 y ss. *apud* DIEZ-PICAZO, L. « La doctrina...», *loc. cit.*

¹³² DIEZ-PICAZO, L. « La doctrina...», *op. cit.* 88p.

que “*quien por prestación de otro, o de otro modo a costa de éste, se enriquece sin causa, está obligado a la restitución*”. En esta cláusula general la *condictio indebitii* aparece como el núcleo predominante.

Sin embargo, se comienza a desarrollar la casuística también. Un ejemplo de esto es el párrafo 812.1 del BGB, el cual establece que la obligación restitutoria existe también si la causa jurídica ha desaparecido posteriormente o si no se ha producido el resultado perseguido con la prestación (descripción de la *condictio causa data non secuta*); y cuando se señala en el párrafo 817 que la finalidad de la prestación puede encontrarse determinada de modo que al aceptarla el *accipiente* contravenga una disposición legal o las buenas costumbres (recogiendo la *condictio ob turpem vel iniustam causam*)¹³³. Esta tradición recogida por la codificación alemana ha coincidido con el Código Suizo, el Código Civil italiano de 1942, y el Código Civil portugués de 1967.

En el derecho alemán se habla de *enriquecimiento injusto*, pues la teoría de la causa no asume una proyección análoga a lo que entendemos en nuestro derecho por causa, concepto que ha sido heredado desde el derecho francés. En este sentido, Torino sostiene a propósito del tratamiento de la *causa* en el Código Civil francés, que el articulado consagrado a la declaración de voluntad en los actos jurídicos en general (arts. 116 a 144) nada dice del contenido de esta voluntad, y no formula distinción entre manifestación y fin perseguido. Tampoco se menciona en materia de contratos (arts. 145 a 157), ni entre las normas que reglan las relaciones que tienen su fuente en análogo acto jurídico (arts. 305 a 361). Sólo se llega a ella por primera vez a propósito del enriquecimiento injusto. En consecuencia, su ausencia en un acto no afecta la validez, ni llega a obstar la producción de sus efectos normales¹³⁴. Las disímiles posiciones respecto al concepto de causa han generado la confusión existente sobre el origen y fundamento del *enriquecimiento sin causa* en el derecho francés, por lo cual la doctrina alemana prefiere hablar de enriquecimiento injusto o injustificado.

Para concluir, en Alemania no se considera hoy necesario, para que proceda la pretensión de enriquecimiento injusto, que se produzca un daño al demandado; basta con que una persona haya recibido un incremento que no le corresponde, en desconocimiento de los derechos o de situaciones de otro. El sistema alemán actual ofrece, desde esta perspectiva, una tutela mayor en la medida que no es indispensable que el demandado se haya correlativamente empobrecido, y es suficiente con que el

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ TORINO, E. *op. cit.*, 38p.

enriquecimiento se produzca ‘a costa’ (*auf dessen Kosten*) del demandado siempre que exista el nexo de correlación entre el enriquecimiento y el empobrecimiento¹³⁵.

4. EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO EN LA CODIFICACIÓN FRANCESA

La construcción de la doctrina francesa del enriquecimiento injusto, que luego influyó en los sistemas jurídicos español e iberoamericano, se dio bajo temprana influencia de la doctrina alemana, en una época cuando aún se perseguía construir una teoría unitaria en la materia, pretensión que luego fue desechada hasta llegar a una situación doctrinaria por completo pacífica en el sentido inverso de una ordenación tipológica de las hipótesis de enriquecimiento injustificado; una relación de esta circunstancia histórica, así como de la evolución posterior de la doctrina alemana¹³⁶.

Aun cuando recoge en parte el derecho de *condictiones*, la tradición francesa es distinta a la tradición alemana. Tal como sostiene François Gore, “*los antiguos autores franceses no consagraron nunca el principio de que nadie debe enriquecerse a cargo de otro como fuente general de las obligaciones y que sólo hacen a ellas raras alusiones*”¹³⁷.

Entre estas “raras alusiones” encontramos la regulación de los cuasicontratos en el Título IV del Código Civil Francés, los cuales para parte de la doctrina constituirían un “régimen” del principio de “enriquecimiento sin causa”, aun cuando no se puede comparar a la sistemática regulación que presenta el Código Civil francés en otras materias, como en los contratos o delitos civiles¹³⁸.

El abandono de la teoría de las *condictiones* por la tradición francesa se debió principalmente a la diferencia de noción de *causa* respecto al derecho alemán. Para el derecho francés, influenciado por la doctrina de Domat, la *causa* se exigía como un elemento estructural de los contratos, por lo tanto, su falta lo hacía inexistente y, en consecuencia, las acciones fundadas en la ausencia de causa sirven al mismo tiempo para repetir las prestaciones realizadas en ejecución del mismo. El desarrollo de las teorías de las nulidades por falta de causa priva de fundamento a la figura de las *condictiones*, transformando a la *restitutio in integrum* como la figura importante, relegando a la *condictio*¹³⁹. En palabras de Basozabal,

¹³⁵ FABREGA, J. *op. cit.*, 78p.

¹³⁶ BARROS, E. *op. cit.*, 4p.

¹³⁷ GORE, F. L'enrichissement aux dépens d'autrui. París, 1949. pp. 23 y ss. *apud* DIEZ-PICAZO, L. « La doctrina... », *op. cit.* 89p.

¹³⁸ WILLIAMS, Rebecca. Unjust Enrichment and Public Law. A comparative study of England, France and the EU. Oxford, Hart Publishing, 2010. 171p.

¹³⁹ Cfr. Chevalier, *Observations sur la répétition des enrichissements non causés*, en “Le Droit français au milieu du XXe siècle, Etudes de Droit Privé offerts a G. Ripert”, París, 1950, II, p. 237. *apud* DIEZ-PICAZO, L. « La doctrina... », *op. cit.* 90p.

el codificador francés al no positivizar ningún principio que prohíba enriquecerse a costa de los demás, consagra el elemento “causa” como requisito esencial de validez de todo contrato, aceptando así la propuesta de Domat, lo que hace es asignar a la acción de nulidad el control de los desplazamientos patrimoniales derivados de contrato por ilicitud, inexistencia o decaimiento de la “causa”, supliendo de esta forma la labor “restitutoria” que hasta entonces venían realizando las *condictiones*.¹⁴⁰ El campo de aplicación de la *condictio* se restringió, y se asignó mayor extensión a las acciones de nulidad.

De esta forma, Díez-Picazo manifiesta que la codificación francesa puede caracterizarse por los siguientes elementos:

- i. Una regulación de las acciones de repetición que se encuentra por lo general dentro de la disciplina de los contratos y de las obligaciones contractuales (p. ej., restitución por causa de nulidad del contrato, pago hecho en una obligación condicional pendiente de la condición, etc.);*
- ii. La configuración de la repetición del pago de lo indebido con un sentido en algún modo residual;*
- iii. Un completo silencio respecto de la figura o regla de la interdicción de los enriquecimientos injustos, injustificados o sin causa¹⁴¹.*

La formación de la teoría del enriquecimiento injusto o sin causa en el Derecho francés es tardía y jurisprudencial¹⁴², y se construye a partir de la equidad natural debido a la falta de una acción general en contra del enriquecimiento injusto, o más bien, enriquecimiento sin causa, como se denominó en la jurisprudencia francesa. Como sostiene Williams, el enriquecimiento sin causa llegó a ser una fuente autónoma de las obligaciones a través de la jurisprudencia¹⁴³.

4.1. La acción de *in rem verso* en el Derecho francés

En este reconocimiento jurisprudencial, se comienza a delinear la acción de enriquecimiento, conocida con el nombre impropio de acción de *in rem verso*, la cual nunca fue una acción general en el derecho romano, sino que sólo se utilizaba en aquellos casos en que resultaba enriquecido el *dominus* o *paterfamilias* por un acto sin autorización, de una persona que estaba bajo su cuidado, como revisamos anteriormente.

¹⁴⁰ BASOZABAL, Xabier. Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno. Madrid, Ed. Civitas, 1998. 22p.

¹⁴¹ DIEZ-PICAZO, L. « La doctrina... », *op. cit.* 92p.

¹⁴² DIEZ-PICAZO, Luis. GULLÓN, Antonio, *op. cit.*, 523p.

¹⁴³ WILLIAMS, R. *op. cit.*, 172p.

Aubry *et* Rau sostienen la necesidad de admitir la acción de *in rem verso* “como sanción a la regla de equidad, que no permite enriquecerse a costa de otro, en todos los casos en que el patrimonio de una persona se encuentra sin causa legal enriquecido en detrimento del de otra, cuando ésta no goce para obtener lo que le pertenece o lo que le es debido, de ninguna acción que nazca de un contrato, cuasi contrato, delito o cuasi delito”¹⁴⁴.

A primera vista, esta acción pareciera haber sido concebida como extremadamente amplia, sin embargo, la jurisprudencia es reducida sobre la materia y la ha aplicado de forma balanceada y moderada, estableciendo como requisitos para su aplicación tres “elementos materiales” y cuatro “elementos jurisprudenciales”¹⁴⁵. Entre los elementos materiales encontramos el empobrecimiento, el enriquecimiento y el vínculo causal entre el empobrecimiento y el enriquecimiento, aún cuando el enriquecimiento haya pasado por el patrimonio de un tercero (como sucedió en el *arrêt Boudier*, primer caso jurisprudencial de enriquecimiento sin causa en Francia, en el año 1892). En cuanto a los elementos jurisprudenciales, se exige en primer lugar que no existe causa legal para el enriquecimiento; la subsidiariedad de la acción, aunque Colin y Capitant rechazan el carácter subsidiario de la acción de *in rem verso*. Estos autores fundan la acción en una regla de equidad de origen y de alcances consuetudinarios, por lo cual sostienen que “el hecho de que una persona disponga de muchas acciones para hacer valer un derecho y que ella pueda ejercer indiferentemente una u otra a su elección, no es raro en derecho civil y no ofrece nada anormal”¹⁴⁶; en tercer lugar, se exige la existencia de un empobrecimiento, aunque la jurisprudencia reciente de la Cámara Civil de la Corte de Casación ha sido más flexible en esta materia¹⁴⁷; y, en cuarto lugar, la jurisprudencia exige que el empobrecimiento no haya sido en beneficio del empobrecido, aún cuando un tercero se haya visto beneficiado¹⁴⁸.

No obstante el análisis anterior, Rebeca Williams realiza un análisis pormenorizado de la jurisprudencia francesa sobre el enriquecimiento injusto, concluyendo que los requisitos exigidos en un primer momento por la jurisprudencia se han ido flexibilizando, poniendo el foco en el enriquecimiento y no en el empobrecimiento¹⁴⁹.

¹⁴⁴ AUBRY *et* RAU, VI, p. 246 *apud* TORINO, *op. cit.*, 54p.

¹⁴⁵ WILLIAMS, R. *op. cit.*, 173p.

¹⁴⁶ COLIN *et* CAPITANT, II, pp. 417 y 418 *apud* TORINO, *op. cit.*, 57p.

¹⁴⁷ WILLIAMS, R. *op. cit.*, 174p.

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ Vid. WILLIAMS, Rebecca. *Unjust Enrichment and Public Law. A comparative study of England, France and the EU.* Oxford, Hart Publishing, 2010.

5. EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO EN OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

5.1. El enriquecimiento injusto en el Derecho inglés

El origen del *unjust enrichment* para el derecho inglés se encontraría en el Derecho Romano, especialmente, en los fragmentos de Pomponio recogidos por el Digesto y luego sistematizados en los *Institutes* de Gaio¹⁵⁰ (previamente citados).

Para hablar de *unjust enrichment* en el derecho inglés, es necesario hablar sobre el derecho de restitución. Esta relación está dada porque el enriquecimiento injusto es solo uno de los eventos (causa) que gatillan el derecho a la recuperación basada en la ganancia, cuestión propia del derecho de restituciones. Algunos autores ingleses sostienen que el *unjust enrichment* es una fuente autónoma del derecho, en conjunto a los contratos, los ilícitos y otras categorías residuales¹⁵¹.

El enriquecimiento injusto se produciría cuando un enriquecimiento no tiene una explicación y no puede ser retenido, así quien lo recibe no tiene derecho a él. La versión abreviada para este concepto, en latín, es *sine causa*. El enriquecimiento inexplicable carece de *causa*. En el idioma inglés, el profesor Peter Birks traduce el concepto de “*sine causa*” como “falta de base”¹⁵².

El derecho anglosajón utiliza el concepto de *consideration*, para traducir al concepto proveniente del latín de *causa*¹⁵³. Si bien no son la misma institución, se utiliza este concepto a propósito de la explicación del enriquecimiento injusto. Así, el derecho relativo al enriquecimiento injusto, comenzó a usar la palabra *consideration*, usándolo en el sentido de razón, fundamento o base, no en el sentido especializado de reciprocidad contractual.¹⁵⁴ Esta interpretación de Birks es armónica con la interpretación del concepto *causa* cuando se habla de enriquecimiento *sin causa*, estableciendo su origen en las *condictiones* romanas y no adoptando el sentido utilizado por la doctrina francesa. De todas formas, el profesor Birks prefiere reemplazar el concepto de *consideration* por *base*, para evitar confusiones cuando se habla de enriquecimiento injusto¹⁵⁵.

¹⁵⁰ *Id.*, 2p.

¹⁵¹ BIRKS, P. *op. cit.*, 438p.

¹⁵² *Id.*, 144p.

¹⁵³ Cfr FRIED, Charlies. La Obligación Contractual, El Contrato como Promesa. Traducido por Pablo Ruiz Tagle Vial y colaboración de Rodrigo Correa González. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996.

¹⁵⁴ BIRKS, P., *op. cit.*, 166p.

¹⁵⁵ *Id.*, 182p.

Es generalmente aceptado por los defensores del principio de enriquecimiento injusto que cuatro elementos deben ser satisfechos para demandar exitosamente un caso de enriquecimiento injusto. Estos requisitos son: (i) que el acusado se haya enriquecido; (ii) que el enriquecimiento deba haber sido obtenido a expensas del demandante; (iii) que el enriquecimiento deba ser injusto y; (iv) no deben existir otras defensas (prescripción, estoppel, *ultra vires*, etc.)¹⁵⁶.

5.2. El enriquecimiento injusto en el Derecho italiano

En el derecho italiano el principio de enriquecimiento injusto es tratado mediante una modalidad general y atípica, es decir, incluye una acción general de enriquecimiento, que se puede aplicar por extensión analógica a través de la labor jurisprudencial, determinadas caso a caso y no por una normativa previa que tipifique la totalidad de los casos aplicables¹⁵⁷.

En el Libro Cuarto del Código Civil italiano de 1942, vigente hasta el día de hoy, y titulado “*Delle obbligazioni*”, en su Título VIII, denominado “*Dell'Arricchimento senza causa*”, encontramos dos disposiciones que regulan la materia:

Art. 2041. Azione generale di arricchimento. Chi, senza una giusta causa, si è arricchito a danno di un'altra persona è tenuto, nei limiti dell'arricchimento, a indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale.

*Qualora l'arricchimento abbia per oggetto una cosa determinata, colui che l'ha ricevuta è tenuto a restituirla in natura, se sussiste al tempo della domanda*¹⁵⁸.

*Art. 2042. Carattere sussidiario dell'azione. L'azione di arricchimento non è proponibile quando il danneggiato può esercitare un'altra azione per farsi indennizzare del pregiudizio subito*¹⁵⁹.

El artículo 2041 establece una acción general de enriquecimiento, indicando el caso de procedencia, los efectos y limitaciones. Por su parte, el artículo 2042 establece el carácter subsidiario de la acción, sólo procediendo en aquellos casos que no exista una acción específica en la materia respectiva.

¹⁵⁶ WILLIAMS, R. *op. cit.*, 7-10pp.

¹⁵⁷ FUEYO, Fernando. Instituciones de Derecho Civil Moderno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990. 454p.

¹⁵⁸ Traducción al español: “Art. 2041. *Acción general de enriquecimiento*. Quien, sin una justa causa, se ha enriquecido en daño de otra persona está obligado, dentro de los límites del enriquecimiento, a indemnizar a esta última de la correlativa disminución patrimonial.

Cuando el enriquecimiento tenga por objeto una cosa determinada, aquel que la ha recibido está obligado a restituirla en especie, si existe en el momento de la demanda.”

¹⁵⁹ Traducción al español: “Art. 2042. *Carácter subsidiario de la acción*. La acción de enriquecimiento no es admisible cuando el perjudicado puede ejercitar otra acción para hacerse indemnizar por el perjuicio sufrido.”

Esta regulación establecida en el Código Civil italiano de 1942 puso fin a las discusiones existentes sobre la procedencia general de una acción de enriquecimiento sin causa o *in rem verso*. Antes de dichas disposiciones se consideraba difícil para la doctrina demostrar la existencia de la acción de enriquecimiento¹⁶⁰, pues existía un sector de la doctrina que negaba la existencia de esta acción, sosteniendo que si el codificador no tradujo en un artículo del código el principio general de enriquecimiento sin causa, fue para limitar su alcance a los casos previstos, especialmente, para aquellos que tienen concedidas acciones especiales. En cambio, el otro sector de la doctrina sostiene que habiendo sido consagrado el principio como norma en múltiples disposiciones del derecho positivo, es preciso reconocer que el codificador lo tuvo en cuenta y, por tanto, es aplicable por extensión y analogía a los demás casos no previstos expresamente. Esta última posición fue recogida por los artículos 2041 y 2042 del Código Civil italiano.

III. DESARROLLO DEL DERECHO DE *CONDICIONES* EN EL SIGLO XX: AVANZANDO HACIA UNA “TIPOLOGÍA”

El derecho evoluciona en la medida que las relaciones sociales dentro de una sociedad se van complejizando y cambiando. Este supuesto ha provocado que el derecho de *condiciones* proveniente del derecho romano, aplicado específicamente a determinados casos en que se producía un enriquecimiento injusto, ya no pueda ser aplicado con la misma precisión en casos de enriquecimiento injusto de nuestra sociedad contemporánea.

Analizando el derecho de *condiciones* romano, exceptuando la *condictio furtiva*¹⁶¹, podemos decir que se caracterizaban por el hecho de que una parte intentaba reclamar lo que había entregado a otra¹⁶². Esta característica ha llevado a algunos autores, como Álvarez Caperochipi, a sostener que las *condiciones* romanas serían incapaces de abarcar todos los supuestos de enriquecimiento sin causa que se generan en el sistema económico capitalista.

Sin embargo, la doctrina que ha tratado el derecho de *condiciones* durante el siglo XX, ha desarrollado una “tipología” que permitiría adecuar esta casuística del derecho de *condiciones* a situaciones de

¹⁶⁰ TORINO, E. *op. cit.*, 68p.

¹⁶¹ La *condictio furtiva* consistía en la acción civil que emerge de la comisión del delito de *hurto*, para que el propietario pueda reivindicar la cosa sustraída.

¹⁶² ZIMMERMANN, R. *op. cit.*, 233p.

enriquecimiento injusto que se producen en relaciones sociales y económicas propias del desarrollo de la sociedad actual. Los esfuerzos en el desarrollo de esta tipología han sucedido principalmente en el derecho alemán, a partir de la célebre monografía de Wilburg sobre el enriquecimiento injusto y en la obra de Díez-Picazo, haciendo lo propio en el derecho español.

1. TIPOLOGÍA DEL DERECHO DE *CONDITIONES* EN EL DERECHO ALEMÁN

Wilburg en el año 1935, escribe una conocida monografía sobre el Enriquecimiento Injusto en la que predica la necesidad de llevar a cabo una tipología, como única vía de reducción de la ambigüedad y de superación de la abstracción¹⁶³.

Esta tendencia hacia la abstracción y hacia las cláusulas generales se habría consolidado a partir del parágrafo 812 del Código Civil Alemán, cuyo nivel de abstracción hacía difícil la elaboración de una doctrina suficientemente sólida para ser aplicada a los diferentes posibles casos conflictivos. Esta posición, sostenida por Wilburg, se convertiría en la primera formulación de la llamada teoría de la diferenciación¹⁶⁴, posteriormente desarrollada por Von Caemmerer y aceptada aún hoy en Alemania como doctrina dominante¹⁶⁵.

En esta tensión entre abstracción y casuismo presentes en el parágrafo 812 del Código Civil alemán, han existido innumerables intentos de la doctrina por buscar una fórmula unitaria, a través de la cual se pueda dar forma a la pretensión de restitución por enriquecimiento y señalar sus límites. Sin embargo, no han sido exitosos, pues en la mayoría de los casos la regla abstracta y general del parágrafo 812 se transforma simplemente de modo verbal y se expresa de otro modo el principio general de justicia conmutativa, cristalizado en la vieja fórmula de Pomponio¹⁶⁶.

Otra parte de la doctrina, encabezada por Kellman, ha intentado reconducir las pretensiones de enriquecimiento a un *principio común*, con la ayuda del cual cree poder enjuiciar unitariamente la falta de justificación del enriquecimiento. Con apoyo en ideas que se encuentran en el pensamiento jurídico angloamericano, cree este autor que el fundamento de la *condictio* es una falta de voluntad de aquél a

¹⁶³ DIEZ-PICAZO, L. « La doctrina... », *op. cit.* 95p.

¹⁶⁴ Esta teoría diferencia en el §812 una cláusula general de aplicación del principio de enriquecimiento injusto vs aplicación a casos específicos.

¹⁶⁵ BASOZABAL, X. *op. cit.*, 35p.

¹⁶⁶ DIEZ-PICAZO, L. « La doctrina... », *op. cit.* 96p.

cuyo cargo se producen. No obstante, esta tesis falla cuando el objeto del enriquecimiento se presta con base a un contrato nulo por contravención de la ley o de la moral o por defecto de forma¹⁶⁷.

Frente a la imposibilidad de la construcción de teorías unitarias, las construcciones de tipología comienzan a tomar fuerza. En este primer intento de construcción de tipología, Wilburg planteó la vía del desdoblamiento que permite la redacción del parágrafo 812. Así, habría dos modos de enriquecimiento: la *condictio* por prestación (*Leistungskondiktio*) y la “otra vía” (*in sonstiger Weise*), que posteriormente, la doctrina pasó a denominar *condictio* de intromisión o por intromisión (*Eingriffskondiktio*)¹⁶⁸. En tanto la *condictio* por prestación provoca la liquidación de las consecuencias económicas derivadas de una relación obligatoria fallida, la *condictio* por intromisión persigue la protección del derecho usurpado¹⁶⁹.

Sumada a esta tipificación, ante la dificultad de establecer un deslinde claro entre la *condictio por prestación* y la *condictio por intromisión*, parte de la doctrina ha propuesto una *condictio* por inversión o por desembolso (*Aufwendungskondiktio*)¹⁷⁰.

1.1. *Condictio* por prestación

La llamada *condictio* por prestación se produce cuando el desplazamiento patrimonial o el enriquecimiento (=obtención de lucro) se ha producido en virtud de una prestación. El significado de *prestación* en este caso es distinta a la del Derecho de Obligaciones, en el cual se entiende prestación como el objeto de la obligación, definido como el comportamiento que el acreedor tiene derecho a exigir del deudor. En el Derecho de Enriquecimiento, la prestación es el resultado de una conexión entre un aumento patrimonial ocurrido conscientemente y una actividad o comportamiento realizado con la finalidad de ejecutar un plan jurídico-obligatorio.

Dentro de la *condictio por prestación* encontramos subtipos correspondientes a las *condictiones* “clásicas” del derecho romano: la *condictio indebitii*; la *condictio ob causam finitam*; la *condictio ob rem* y la *condictio ob turpem vel iniustam causam*. Así, podemos decir que encontramos la figura genérica de los pagos indebidos; las prestaciones derivadas de contrato nulo o de contrato anulado; la

¹⁶⁷ *Id.*, 98p.

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ Von Caemmerer, “*Bereicherung und Schuldrecht*”, Tübingen, 1968, p. 230. DIEZ-PICAZO, L. « La doctrina... », *loc. cit.*

¹⁷⁰ Propuesta por Koppensteiner y Tromarchi. BASOZABAL, X. *op. cit.*, 35p.

prestación en virtud de un contrato resuelto por incumplimiento o por desaparición de la base del negocio y las prestaciones hechas para concluir un contrato o para obtener una prestación¹⁷¹.

En el Derecho chileno, la mayoría de estos supuestos de enriquecimiento por prestación están regulados positivamente por el derecho de contratos: restituciones por nulidad, anulación o rescisión del contrato, restituciones por resolución derivada de incumplimiento o desaparición de la base del negocio. Por su parte, la *condictio indebiti* sería abordada por las reglas del pago de lo no debido.

Estas *condictiones* por prestación no representan interés para esta Memoria, pues existe un desplazamiento patrimonial realizado por el sujeto que sufre el empobrecimiento hacia otro que goza del enriquecimiento, **mediante la existencia de una prestación voluntaria, aun cuando los motivos por los cuales se haya realizado no sean suficientes**, debiendo restituirse el aumento patrimonial injusto.

1.2. *Condictio* por intromisión

Esta *condictio* engloba todos aquellos supuestos en que una persona recibe valores patrimoniales que no le corresponden, porque han sido obtenidos mediante una invasión indebida de bienes ajenos, sin importar la culpabilidad del sujeto.

Debido a la importancia que reviste esta *condictio* para fundamentar la naturaleza jurídica del comiso de ganancia en esta Memoria, analizaremos esta institución con mayor detalle en un apartado especial titulado “*Condictio* por intromisión”.

1.3. *Condictio* por inversión o por desembolso

Esta *condictio* solo es incluida por cierta parte de la doctrina, surgiendo para explicar aquellos casos en que una persona transfiere a otra dinero o bienes que se encontraban en su posesión o realiza en su favor una prestación de trabajos o de servicios. De esta forma, permite funcionar como un deslinde entre la *condictio* por prestación y la *condictio* por intromisión.

¹⁷¹ DIEZ-PICAZO, L. « La doctrina...», *op. cit.* 103p.

Esta *condictio* es propuesta por el alemán Koppensteiner¹⁷², quien influenció al derecho italiano y español mediante esta categoría. En el derecho italiano, esta renovación metodológica fue recogida por Trimarchi, quien propuso la diferenciación de *condictiones* entre dos grandes tipos: uno para enriquecimientos derivados de haber conseguido la utilidad que constituye el objeto de un derecho ajeno (supuestos de enajenación, uso y consumo de cosa ajena); y otro para enriquecimientos derivados de haber conseguido la utilidad que constituye el fin de la actividad de otro, distinguiendo a su vez en virtud de que ésta sea realizada como *prestación* en el marco de una relación obligatoria (supuestos de *condictio* de prestación), o como actividad desarrollada en interés propio que finalmente acaba beneficiando a otra persona (supuesto de *condictio* por impensas)¹⁷³. Básicamente, el primer tipo se corresponde con la *condictio* por intromisión del derecho alemán (*Eingriffskondiktion*), y el segundo con las *condictiones* por prestación y por impensas (*Lestungskondiktion* y *Verwendungskondiktion*)¹⁷⁴.

Por su parte, en el derecho español esta metodología para el tratamiento de las *condictiones* sería recogida por los autores Díez-Picazo y Basozabal en las obras ya citadas.

En el Derecho chileno, la *condictio* de regreso sería abordada por el derecho de obligaciones, principalmente por los artículos 1610 y 2191, a propósito del pago por subrogación y la agencia oficiosa. En cuanto a la *condictio* por impensas, podríamos recurrir a las normas de las prestaciones mutuas y a las reglas de accesión.

2. LA CONDICTIO POR INTROMISIÓN Y SU DESARROLLO EN LA DOCTRINA

2.1. Concepto de *condictio* por intromisión

Esta *condictio* tiene como denominador común abarcar todos aquellos casos en que una persona recibe valores patrimoniales que no le corresponden, siendo obtenidos mediante una intervención de derecho ajeno, sea culposa o no. Por esto es la categoría residual más importante.

La función de esta *condictio* sería complementaria a la acción reivindicatoria, especialmente, en los casos en que esta última se hace imposible de ejercer. Puede hablarse por ello de una transformación del derecho real en derecho al valor¹⁷⁵.

¹⁷² KOPPENSTEINER-KRAMER, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, pp. 79 y ss. y 112 y ss. *apud* BASOZABAL, X. *loc. cit.*

¹⁷³ TRIMARCHI, L'arricchimento senza causa, Milano, 1962, pP. 22 y ss., *apud* BASOZABAL, X. *op. cit.*, 46p.

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ DIEZ-PICAZO, L. « La doctrina... », *op. cit.* 117p.

Si bien puede cumplir una función similar a la acción del derecho de indemnización de daños y perjuicios es importante diferenciarla de ésta, como sostiene Zimmermann. Se ha observado con acierto que cuando el daño consiste en la utilización o explotación de bienes ajenos el autor del ilícito no solo debe el menoscabo patrimonial producido en el patrimonio del titular del derecho subjetivo, sino todo el valor obtenido.

La intromisión en derecho ajeno, aun cuando no se produzcan daños en el bien ajeno queda graficada muy bien mediante los ejemplos dados por Van Caemmerer y citados por Basozabal¹⁷⁶: (i) la utilización de una casa deshabitada utilizada por terceros sin producir daño y sin pagar arriendo; (ii) violación de propiedad industrial al difundir una canción, aún cuando la difusión de ésta generó ganancias para el propietario de la canción.

Los ejemplos anteriores nos permiten visibilizar la íntima relación entre el enriquecimiento por intromisión y la responsabilidad extracontractual. Ambos conjuntos de reglas se ocupan de la protección de intereses legales, y en ambos casos quienes sufren la interferencia en sus derechos pueden renunciar a la protección. Pero entre ambos instrumentos existe una diferencia esencial. Una persigue la compensación de la pérdida ocasionada; la otra, la restitución de provechos. Un demandante que reclama el enriquecimiento causado por intromisión no tiene, pues, que probar los daños ni el perjuicio patrimonial. Y la restitución tampoco presupone una desviación del provecho, en el sentido de que lo que ahora posee el demandado debería haberse hallado primero en el patrimonio del demandante. Basta con que estuviera *potencialmente* presente en él: debe haber sido obtenido de un derecho de que sólo el demandante estaba legitimado para disponer¹⁷⁷.

En cuanto a la aplicación de la *condictio* por intromisión, en grandes términos, podemos reconocer dos casos generales de aplicación: (i) la utilización de bienes ajenos, consistente en la hipótesis en que la obtención de estas posibilidades de goce se realiza de manera injustificada, sin causa o sin título, sin que exista una situación jurídica de carácter legal o negocial que faculte para ello. Este supuesto se encuentra regulado a propósito de las relaciones entre propietario y poseedor y en algunos puntos del régimen jurídico de la accesión, como sucede en el caso del derecho español¹⁷⁸; y (ii) el ejercicio indebido del *ius disponendi*, consistente en aquellos casos en que la facultad de disposición resulta ejercitada por un no

¹⁷⁶ BASOZABAL, X. *op. cit.*, 38p.

¹⁷⁷ ZIMMERMANN, R. *op. cit.*, 255p.

¹⁷⁸ DIEZ-PICAZO, L. « La doctrina... », *op. cit.* 121p.

titular y el adquirente se encuentra de buena fe. Este caso da origen a una obligación de restitución de un enriquecimiento injusto por intromisión en el valor económico del derecho y en el círculo de intereses especialmente reservado al titular.

2.2. La *condictio* por intromisión en el derecho comparado

El análisis de la *condictio* por intromisión en el derecho comparado necesariamente estará centrado en el requisito de la existencia de un daño para producir la restitución del enriquecimiento injusto, pues en dicho requisito se concentran las mayores diferencias en cuanto a su aplicación.

En primer lugar, en la doctrina alemana como mencionábamos anteriormente, el daño o empobrecimiento deja de tener peso, primero como baremo regulador del contenido de la pretensión, y segundo como requisito integrante de la acción. Finalmente, hoy la doctrina jurídica alemana ha eliminado el concepto de daño como elemento constitutivo de la pretensión por enriquecimiento injusto, no exigiéndose el perjuicio patrimonial. El derecho suizo y austríaco han evolucionado hacia un modelo de responsabilidad por enriquecimiento basado en una intromisión muy similar¹⁷⁹.

El derecho inglés tampoco difiere sustancialmente en este aspecto, pues no requiere la prueba de la pérdida patrimonial en la medida en que se trata de la restitución que constituye parte del sistema de responsabilidad extracontractual y reconoce, igualmente, la categoría de *restitution for wrongs*, que son supuestos en los que el demandado se ha enriquecido causando un daño al actor¹⁸⁰.

Por su parte, el derecho francés y los ordenamientos jurídicos que siguen su enfoque, resultan menos compatibles con la *condictio* por intromisión, ya que aquí la restitución por daños ha sido absorbida por la acción general de enriquecimiento que no sólo exige *enrichissement* (enriquecimiento) del demandado sino también un correlativo *appauverissement* (empobrecimiento) del demandante. Además, posee un carácter estrictamente subsidiario, un rasgo que se halla presente también en el Código italiano y que, en cambio, ha sido abandonado por el legislador holandés. La justificación que usualmente se ofrece a la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento es que quien puede demandar por daños (o con base en un contrato) no puede decirse que sufra *appauverissement*. Este argumento no resulta convincente,

¹⁷⁹ ZIMMERMANN, R., *op. cit.*, 255p.

¹⁸⁰ *Ibid.*

porque también podría razonarse, inversamente, que quien dispone de una acción de enriquecimiento no ha sufrido daño¹⁸¹.

Sin embargo, una acción de enriquecimiento supeditada a la existencia y a la cuantía de un daño (como sostiene exigen los ordenamientos anteriores, en base del *appauverissement* o empobrecimiento correlativo), por mucho que se declare conceptualmente distinta de la acción indemnizatoria, no puede entenderse sino como un subtipo de ésta cuya peculiaridad consiste en que la presencia de un enriquecimiento por parte del causante del daño hace innecesaria la imputación subjetiva de su conducta (la culpa) y limita en la medida de aquél la cuantía “indemnizatoria”. Resultaría falso afirmar la independencia de esta peculiar acción siendo su fundamento y finalidad de carácter indemnizatorio¹⁸².

2.3. Teorías que fundamentan la *condictio* por intromisión

Para fundamentar la *condictio* por intromisión y delimitar la acción de enriquecimiento injusto encontramos dos teorías principales: la teoría de la antijuridicidad y la teoría de la atribución.

2.3.1. Teoría de la antijuridicidad

La teoría de la antijuridicidad fue originariamente formulada por Schulz¹⁸³ y supuso un primer viraje en la concepción global del enriquecimiento injustificado, así como un avance respecto a quienes pretendían entenderlo y manejarlo como mera cláusula residual de equidad.

Frente a los dogmas impuestos por la heredada teoría de las *condictiones* a partir del supuesto tipo de enriquecimiento por prestación, la nueva propuesta gira en torno a la idea de *adquisición intromisiva*.¹⁸⁴ La cuestión central que concierne al derecho de enriquecimiento no es ya la existencia de un desplazamiento patrimonial sin causa jurídica que lo justifique, sino que el enriquecimiento haya sido obtenido mediante una acción antijurídica¹⁸⁵. El fundamento de toda *condictio* (sea cual fuere la fuente del enriquecimiento: prestación, intromisión, mejora u otras) es siempre la *antijuridicidad* de la intromisión¹⁸⁶.

¹⁸¹ *Id.*, pp. 256-257.

¹⁸² BASOZABAL, X. *op. cit.*, pp. 38-39.

¹⁸³ SCHULZ, *System der Rechte auf den Eingriffserwerb*, AcP, 105 (1909), págs. 1 y ss. *apud* BASOZABAL, X. *op. cit.*, 55p.

¹⁸⁴ *Id.*, 43p.

¹⁸⁵ *Id.*, 438p.

¹⁸⁶ *Id.*, 427p.

El acto del enriquecido es antijurídico porque representa una “intromisión” en un derecho subjetivo de otro y el que la realiza estaba obligado a no llevarla a cabo¹⁸⁷. El fundamento de esto está en que quien obtiene beneficios a través de una acción antijurídica no merece ver protegido su interés en retenerlos, con independencia de que conociera la antijuridicidad de su conducta (dolo), debiera haberla conocido (culpa), o actuase irreprochablemente. La culpa no es un requisito necesario para el nacimiento de la obligación restitutoria; ésta no depende del juicio de disvalor de la conducta sino sólo de la violencia objetiva de una norma jurídica.¹⁸⁸ Por ello, la restitución del enriquecimiento no debe ser entendida como medida de carácter punitivo, sino simplemente como la **consecuencia de la prohibición de hacer ganancia a través de un patrimonio ajeno**¹⁸⁹.

Para Jakobs¹⁹⁰, la pretensión dirigida a **la restitución de los beneficios obtenidos por uso o disposición de cosa ajena no puede surgir del derecho de propiedad, porque aquéllos nunca han formado parte del patrimonio del titular de éste**; solo puede tratarse de una pretensión por *violación* del derecho de propiedad¹⁹¹. El hecho de usar ilícitamente una cosa ajena no constituye un incremento patrimonial susceptible de obtención sino una acción antijurídica que el titular del derecho usurpado puede prohibir y que el intromisor debe omitir¹⁹². De esta manera, solo la antijuridicidad de la acción proporciona el nexo necesario entre la adquisición del intromisor y el patrimonio del titular para justificar la pretensión por enriquecimiento intromisivo.

La legitimación para reclamar los provechos obtenidos por otro a través de una acción antijurídica no depende de que ésta estuviera reservada en exclusiva, basta con que el legitimado hubiera podido prohibirla¹⁹³.

La justificación dogmática de esta *prohibición de ganancia obtenida por intromisión antijurídica en patrimonio ajeno* se elabora a través de una *inversión de la mecánica indemnizatoria*: en el derecho de enriquecimiento no se trata de que el patrimonio de la víctima recobre la situación que tendría de no haberse producido la acción dañosa, sino más bien de que el patrimonio del intromisor retome la situación que tendría de no haberse producido la intromisión que ocasiona la ganancia¹⁹⁴.

¹⁸⁷ DIEZ-PICAZO, L. « La doctrina... », *op. cit.* 118p.

¹⁸⁸ SCHULZ. *op. cit.*, 442p.

¹⁸⁹ *Id.*, 444p.

¹⁹⁰ JAKOBS, *Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung*, Bonn, 1964, p. 63. *apud* BASOZABAL, X. *op. cit.*, 59p.

¹⁹¹ *Id.*, pp. 30 y 41. Énfasis nuestro.

¹⁹² *Id.*, 32p.

¹⁹³ *Id.*, 168p.

¹⁹⁴ SCHULZ. *op. cit.*, 445p.

Paralela a esta fundamentación, Haines sostiene la idea de que *quien se comporta antijurídicamente no merece protección jurídica*, lo cual denota una perspectiva penal del fenómeno restitutorio que quizás podría justificar el comiso de los beneficios obtenidos antijurídicamente, pero no su redistribución en el ámbito del derecho privado; y dado que ni la mera antijuridicidad de la acción (Schulz), ni la necesidad general de prevención (Jakobs), ni la exigencia de un perjuicio patrimonial (doctrina tradicional) arrojan luz alguna sobre el problema, urge acudir a nuevos puntos de vista valorativos que determinen aquellas posiciones jurídicas cuya violación da lugar a la restitución de los beneficios patrimoniales obtenidos por el intromisor *a costa* de los titulares de aquéllas¹⁹⁵. En esta discusión el comiso de ganancias cumple un rol fundamental, pues establece que dichas ganancias obtenidas mediante un ilícito serán adjudicadas al Fisco y no a un privado, en virtud de que el objeto del enriquecimiento injusto es poner fin al incremento patrimonial injusto y no indemnizar a alguien en particular.

A pesar de esta fundamentación, esta teoría también es objeto de críticas tanto por exceso como por defecto. Así lo evidencia, de una parte, la existencia de intromisiones revestidas de legalidad que provocan responsabilidad por el enriquecimiento obtenido (como algunos supuestos de gestión de negocios ajenos, la ejecución forzosa de un bien no perteneciente al deudor ejecutado, y todas las hipótesis de accesión en las que ésta se da por acción de la naturaleza); y de otra, la de acciones antijurídicas que no dan lugar a la obligación de restituir (la violación de un deber contractual de no hacer no provoca, como regla, la restitución de la ganancia obtenida mediante la conducta infractora)¹⁹⁶.

2.3.2. Teoría de la atribución

Esta teoría sostiene que la falta de justificación del enriquecimiento da lugar a una obligación restitutoria en los casos en que contraviene el contenido atributivo que se puede detectar en el derecho lesionado. El fundamento recae en la contradicción que se produce entre el enriquecimiento y la ordenación general de los bienes¹⁹⁷.

El autor más destacado que plantea esta teoría es Wilburg, quien defiende que la raíz de las pretensiones por enriquecimiento injusto no debe buscarse en la idea de sustracción del beneficio como “reacción” de castigo contra acciones ilegítimas, sino en la efectiva finalidad del derecho usurpado de *asignar* determinados bienes y provechos a su titular. Esta finalidad atributiva del derecho usurpado es la clave

¹⁹⁵ Haines, *Bereicherungsansprüche bei Warenzeichenverletzungen un unlauterem Wettbewerb*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1970, págs. 64 y ss. *apud* BASOZABAL, X. *op. cit.*, 63p.

¹⁹⁶ BASOZABAL, X. *op. cit.*, 57p.

¹⁹⁷ DIEZ-PICAZO, L. « La doctrina... », *op. cit.* 120p.

de la *no justificación (Ungerechtfertigkeit)* del enriquecimiento y en el principio orgánico fundante de las pretensiones de enriquecimiento por intromisión¹⁹⁸.

Para Basozabal la construcción dogmática de la teoría de Wilburg se apoya en el supuesto paradigmático del derecho de propiedad. El fin económico de la propiedad no queda suficientemente protegido por las acciones reivindicatoria y negatoria. El *contenido de atribución (Zuweisungsgehalt)* del derecho de propiedad exige, además de la cesación de la intromisión, remoción de sus efectos y eventual indemnización de los daños causados, el reconocimiento de una acción de enriquecimiento contra quien obtenga provecho por el uso o explotación del objeto sobre el que aquél recae¹⁹⁹.

Para Zimmermann, la *condictio* por intromisión también estaría fundamentada por la teoría de la atribución, pues considera que la retención de un dinero por alguien a quien no corresponde su atribución es injustificada y que el gran cometido de las *condictiones* seguiría siendo complementar el derecho contractual²⁰⁰.

Las críticas a esta teoría de la atribución proceden de diversos autores y diversos puntos de vista. Para Jakobs, la teoría de la atribución no puede prescindir de la idea de “acción antijurídica” como fundamento de la pretensión de enriquecimiento por intromisión, puesto que no es posible diferenciar entre “acción antijurídica y adquisición en contradicción con el contenido de atribución de un derecho absoluto”; en cuanto construcción teórica, ni explica la procedencia de restituir la ganancia obtenida o simplemente el valor de la facultad usurpada, ni permite comprender la función perseguida con una *condictio* que se concede sin necesidad de que exista enriquecimiento real alguno en el patrimonio del demandado²⁰¹.

La crítica de la mayoría de los autores está motivada por la voluntad de extensión del ámbito de aplicación del derecho de enriquecimiento, y que en muchas ocasiones sus objeciones se dirigen no tanto a la depuración dogmática de las propuestas teóricas como a la adopción de posturas más flexibles a la hora de conceder la protección por intromisión. Así se ha llegado a afirmar que la expresión contenido de atribución es en realidad una fórmula vacía, mágica, cuya indeterminación posibilita al intérprete su adecuación a los intereses del caso concreto.

¹⁹⁸ Wilburg, *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht*, Graz, 1934. p. 27. *apud* BASOZABAL, X. *op. cit.*, 68p.

¹⁹⁹ *Ibid.*

²⁰⁰ Cfr. Ernst von Caemmerer, “*Bereicherung und unerlaubte Handlung*”, en: *idem, Gesammelte Schriften*, vol. I, 1968. 218p. *apud* ZIMMERMANN, R. *op. cit.*, 234p.

²⁰¹ JAKOBS, *op. cit.*, pp. 23 y ss. y 40 y ss.

Esta crítica certera ha obligado a los partidarios de la teoría de la atribución a aceptar la necesidad de completar el sentido y alcance de la idea de *contenido de atribución* a través de criterios que predeterminen su concesión o denegación, de forma paralela a como los partidarios de una teoría de la antijuridicidad *moderada* tienden a buscar fórmulas que limiten los supuestos de antijuridicidad que dan lugar a la responsabilidad por enriquecimiento intromisivo²⁰².

Entre los criterios de determinación del contenido de atribución encontramos: (a) la protección por acto ilícito; (b) la pretensión de omisión; (c) la comerciabilidad del bien jurídico usurpado, y; (d) el monopolio de explotación.

2.3.3. Conclusión a partir de la discusión sobre las teorías de fundamentación de la *condictio* por intromisión

Como conclusión sobre la discusión entre las teorías que fundamentan la *condictio* por intromisión, compartimos la síntesis realizada por Basozabal, quien sostiene que

*“la teoría de la antijuridicidad y la teoría de la atribución son concepciones distintas sobre la forma de abordar los supuestos de enriquecimiento por intromisión. Para la primera, el derecho debe reaccionar ante la antijuridicidad de la conducta intromisiva; ninguna ganancia debe poder ser obtenida a través de acto ilícito es, en definitiva, lo que proponen Schulz y sus seguidores. El juicio de disvalor que merece la antijuridicidad es suficiente para desencadenar la obligación de restituir con independencia de cualquier otra relación entre la acción y el patrimonio del sujeto afectado”*²⁰³.

Por lo que respecta al alcance de la restitución, los defensores de la teoría de la antijuridicidad admiten la restitución de la totalidad de la ganancia obtenida por el intromisor, mientras que los partidarios de la teoría de la atribución propugnan la restitución del valor adquirido, descontando lo que el intromisor haya debido abonar para adquirir legítimamente la facultad usurpada (valor de uso o de disposición). Asimismo, los motivos de estas teorías son distintos. El motivo de la teoría de la antijuridicidad se justifica (aunque no todos los admitan) aludiendo a la necesidad de desincentivar de forma eficaz las conductas intromisivas, en cambio, el motivo de la teoría de la atribución se centra en la idea de

²⁰² BASOZABAL, X. *op. cit.*, 74p.

²⁰³ *Id.*, 87p.

reintegración del derecho o facultad usurpados, todo lo cual nos enfrenta de forma directa con la cuestión sobre la *función* de la *condictio* por intromisión²⁰⁴.

2.4. Funciones de la *condictio* por intromisión

2.4.1. Función de reintegración

La doctrina jurídica alemana sostiene que la función primaria de la *condictio* por intromisión es la protección de los derechos o posiciones jurídicas usurpados, más concretamente, su reintegración o reconstrucción económica a través del mecanismo de retirar del patrimonio del intromisor el provecho obtenido por uso, disfrute, consumo o disposición de derecho ajeno, para restituirlo al patrimonio del titular de éste en la medida que hubiese sido jurídicamente adecuada para legitimar la acción intromisiva. La restitución por intromisión no persigue la redistribución equitativa de un enriquecimiento injustificado atendiendo a los intereses particulares en juego o a la valoración de la protegibilidad que merezcan los sujetos afectados. No se trata de aplicar inciertos postulados de justicia distributiva, sino de cumplir con las exigencias del orden de atribuciones preestablecido por el ordenamiento jurídico²⁰⁵.

2.4.2. Función preventivo-punitiva

La aceptación de la función preventivo-punitiva como función de la *condictio* por intromisión, supone un cambio de enfoque en la contemplación de la restitución por intromisión hacia posiciones de valoración cuasidelictual de las conductas intromisivas. Implica el convencimiento de que las intromisiones deben prevenirse y punirse, pues lo más eficiente para el ordenamiento jurídico es eliminarlas (aun a riesgo de entorpecer otras intromisiones jurídicamente permitidas)²⁰⁶.

La teoría de la atribución ha defendido desde sus inicios que el intromisor doloso debe restituir todo lo obtenido mediante la intromisión, incluida la ganancia, apoyándose normativamente para ello en la regulación de la gestión de negocios ajenos sin mandato. La restitución de la ganancia adquiere así un marcado carácter punitivo justificado por la ley y por otras consideraciones de política jurídica²⁰⁷.

²⁰⁴ *Id.*, 88p.

²⁰⁵ *Id.*, 90p.

²⁰⁶ *Id.*, 94p.

²⁰⁷ *Id.*, 95p. Aquí, el autor agrega los escritos de Von Caemmerer y Wilburg, diciendo que “[e]stas consideraciones no desvirtúan la función primaria de reequilibrio acorde con los postulados del orden jurídico-atributivo, que es consustancial al mecanismo restitutorio. Lo que suponen es añadir a esta primera función una segunda, condicionada a la existencia de dolo en la intromisión. La responsabilidad agravada requiere por lo tanto la correspondiente imputación subjetiva y responde a una motivación preventivo-punitiva que se concreta en la pérdida de la ganancia, esto es, en el malogro del esfuerzo, del trabajo y la iniciativa.

La discusión más relevante para esta Memoria es aquella que dice relación con el siguiente tema. Que la perspectiva punitiva justifique la retirada de la ganancia del patrimonio del intromisor con el fin de desincentivarlo, en absoluto resuelve el problema de su posterior distribución. Lo que no se justifica es que sea el titular del derecho usurpado la persona a la que deba adjudicarse esta ganancia. En palabras de Basozabal, “¿por qué iba a poder el titular del derecho usurpado obtener un beneficio por la sanción impuesta a otra persona y sin otro mérito que el de haber sido la víctima pasiva de la intromisión?”²⁰⁸.

La respuesta de Von Caemmerer es que, a pesar de las dificultades, la solución no puede ser otra que otorgar la ganancia al demandante, porque es la única que existe en ausencia de toda previsión jurídica sobre el eventual *comiso* de tales cantidades y su destino. Además, añade el citado autor, la atribución de la ganancia es una medida compensatoria ante la enorme dificultad que pesa sobre el perjudicado de probar el daño/lucro cesante producido por la intromisión en su propio negocio. Sin embargo, esta compensación de la dificultad de probar el daño (sobre todo el lucro cesante) con una agravación de la responsabilidad por enriquecimiento (restitución de la ganancia) es rechazable por la confusión que crea entre dos fenómenos jurídicos bien distintos como lo son el indemnizatorio y el restitutorio. Por ello, al margen del significado práctico que la ganancia obtenida por el intromisor pueda tener como indicio para el cálculo del lucro cesante indemnizable, puede afirmarse que no se trata de una solución dogmática deseable.

Que la restitución de la ganancia constituya una medida de carácter punitivo es aún una cuestión polémica entre los autores, pero lo cierto es que ninguno de ellos proporciona un solo argumento, dogmático o normativo, por el que en todos los supuestos de intromisión la ganancia obtenida por el intromisor tenga que ir a parar al titular del derecho usurpado²⁰⁹.

Para Basozabal, ante la falta de un precepto expreso que conceda la ganancia del gestor malicioso al dueño del negocio, cree que el derecho penal es el que debe encargarse, al menos como punto de partida, de la adopción de toda medida de carácter preventivo-punitivo²¹⁰. Y esto es así porque, al ser el derecho penal el instrumento punitivo por excelencia del ordenamiento jurídico, se encuentra capacitado para articular “medidas punitivas” de carácter pecuniario sin tener que enfrentarse al problema jurídico-privado de su posterior redistribución.

²⁰⁸ *Id.*, 96p.

²⁰⁹ *Ibid.*

²¹⁰ *Id.*, 99p.

Sin embargo, este autor desconoce la discusión respecto al comiso de ganancias. Pues aun cuando esta sea una institución que conlleve efectos de prevención (general y especial) al impedir el aprovechamiento de las ganancias ilícitas y su uso posterior para la comisión de nuevos delitos, su fundamento se encuentra en el derecho civil, pues pretende impedir el enriquecimiento injusto de un patrimonio. Que sea una institución que se aplique a propósito de la comisión de un delito, no implica que su naturaleza esté dada por el derecho penal. Como pudimos analizar en este capítulo, el fundamento se encuentra en impedir el enriquecimiento injusto, por lo cual la ley perfectamente podría establecer que dicho enriquecimiento vaya a manos del Estado y no de un privado, pues aparentemente no habría fundamento alguno para enriquecer a una persona sin mérito ni causa.

Esta última posición es reconocida implícitamente por Basozabal, pues si bien el autor sostiene que lo conveniente sería establecer una regulación del comiso de ganancias cuyo fundamento estuviera en el derecho penal, argumenta que habría que distinguir el momento de la restitución de las ganancias. Para algunos casos complejos será necesario que el enriquecido restituya inclusive el *valor sustitutorio* del objeto usurpado, y que también se alcance la diferencia entre el valor del objeto usurpado y el total de la ganancia neta obtenida por el intromisor. En estos casos, habrá que considerar la transmisibilidad de la acción *mortis causa*, pues de lo contrario no se podría castigar a los sucesores del sancionado²¹¹.

Esto necesariamente implica dejar de tratar al comiso de ganancias como una pena, pues de lo contrario regiría el principio de personalidad de la pena y dicha situación de enriquecimiento injusto quedaría sin una respuesta satisfactoria por el derecho.

2.4.3. Función indemnizatoria

Aun cuando se ha separado aguas entre el fenómeno resarcitorio del daño y el restitutorio del enriquecimiento, aún la responsabilidad por enriquecimiento sigue ligada a la exigencia de un *daño* en el patrimonio del *empobrecido*, daño que ha de corresponderse con un *beneficio* a cargo del *enriquecido* de forma que ambos se encuentren ligados por la idea de **desplazamiento patrimonial inmediato**.

Desde un punto de vista dogmático, resulta insensato defender para el derecho de enriquecimiento por intromisión una función indemnizatoria, siendo así que existe una institución jurídica que se ocupa

²¹¹ *Id.*, 100p.

precisamente de ella: la responsabilidad civil. En el panorama jurídico alemán actual nadie sostiene que una de las funciones de la restitución por intromisión deba ser la indemnizatoria, y se insiste en que la responsabilidad por enriquecimiento es completamente independiente de la existencia de un daño en el patrimonio del titular del derecho usurpado²¹².

Respecto a la incompatibilidad entre las acciones por daños y por enriquecimiento, o bien la subsidiariedad de ésta respecto de aquélla, no hay ninguna razón para defenderlas, pues se trata de pretensiones con función, fundamento, presupuestos fácticos, requisitos y plazos de prescripción distintos. Sin embargo, esta distinción aun no es clara en nuestro derecho nacional, pues el requisito de empobrecimiento correlativo sigue operando como un requisito en el cual se debe justificar el daño.

2.5. Conclusiones respecto a la *condictio* por intromisión

Lo relevante de la reconstrucción de las *condictiones* del derecho romano y, en especial, la nueva tipología de las *condictiones* donde aparece la *condictio* por intromisión, nos permite sostener que el elemento primordial en la institución del enriquecimiento injusto, estaría dada por el enriquecimiento patrimonial, sin causa que lo justifique, sea porque el enriquecido incurrió en un acto antijurídico o en una atribución de derecho ajeno.

Mediante esta reconstrucción del enriquecimiento injusto, podemos dejar en un segundo plano el requisito del empobrecimiento correlativo, propio de la dogmática francesa y aquellas derivadas de ella. A diferencia del derecho de daños, en el caso del enriquecimiento injusto no es necesario demostrar un perjuicio patrimonial, pudiendo ignorarse este elemento.

Esto nos permitiría aplicar el principio de enriquecimiento injusto inclusive para decomisar el valor sustitutorio del objeto usurpado y las ganancias que se hayan producido a partir de dicho objeto, aun cuando correspondan a la gestión de quien cometió el delito y no hayan conllevado un empobrecimiento correlativo de la víctima.

Finalmente, será relevante preguntarnos sobre quien debería adjudicarse el monto del enriquecimiento injusto. Pareciera que no habría razón para que este enriquecimiento beneficiara a la víctima. El comiso de ganancias, para aquellos casos en que el enriquecido haya incurrido en una acción antijurídica,

²¹² *Id.* 101p.

representaría una solución justa, mediante la cual las ganancias decomisadas son adjudicadas al Fisco, aun cuando exista una norma que permita a las víctimas tener un derecho de crédito sobre estas ganancias cuando deban ser indemnizadas por el sancionado y este sea insolvente.

De todas formas, el desarrollo dogmático de la *condictio* por intromisión nos permite ver un principio de enriquecimiento injusto compatible como fundamento del comiso de ganancias.

IV. EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO EN EL DERECHO CHILENO

1. EVOLUCIÓN DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO EN EL DERECHO CHILENO

1.1. Antecedentes del Enriquecimiento Injusto en el Derecho Romano

La doctrina mayoritaria en Chile sobre el enriquecimiento injusto reconoce su origen en el derecho romano. Algunos autores, como Gonzalo Figueroa Yáñez, mencionan que el origen del enriquecimiento injusto se concebía mediante una acción de repetición en algunos casos que los romanos estimaron que el enriquecimiento de un patrimonio a costa de otro no tenía causa²¹³.

No todo enriquecimiento injusto fue sancionado: la acción de repetición se concedió tan sólo en algunos casos específicos, como en los casos de robo, de obligación sin causa o con causa inmoral, de pago de lo no debido o de promesa arrancada con violencia. Dicha acción se denominó *actio de in rem verso* en el caso que el enriquecimiento se hubiera logrado por intermedio de un esclavo o de un hijo de familia; pero este término hizo luego fortuna, en tal forma que designa hoy la acción emanada del enriquecimiento sin causa, cualquier haya sido su origen²¹⁴.

1.2. Antecedentes del Enriquecimiento Injusto en el Derecho Español

Esta regla moral fue recogida por las Siete Partidas, la cual estableció que “Ninguno non debe enriquescer torticeramente con daño de otro”.²¹⁵ Asimismo, las Partidas recogieron otras *condiciones* que decían relación con el enriquecimiento injusto: la Partida V, título 14, leyes 28 a 40, contemplaba la *condictio indebitii*; leyes 41, 43, 44 y 46 sobre la *condictio ob causam datorum o causa data causa non*

²¹³ FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo. El patrimonio. 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997. 307p.

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ Partida 7ª, Título 34, regla 17.

secuta; las leyes 47, 48 y 54 sobre la *condictio ob turpem causam*; y las leyes 50 y 51 sobre la *condictio sine causa*²¹⁶.

1.3. Antecedentes del Enriquecimiento Injusto en el Derecho Francés

Sin embargo, a pesar de la permanencia en el tiempo de la regla de “no enriquecerse con perjuicio de otro”, no logró tener un tratamiento orgánico en el Código Civil francés, el que omite una declaración que sancione el enriquecimiento injusto de un modo genérico, y sólo se limita a reglamentar algunos casos particulares de enriquecimiento injusto, sin indicar el principio a que obedecen²¹⁷, como sucedió, por ejemplo, con las recompensas entre los cónyuges en régimen de comunidad de bienes, el caso de nulidad del contrato celebrado por un incapaz y el pago de lo no debido²¹⁸.

El Código Civil, que adoptó como modelo el Código de Napoleón, tampoco cuenta con una declaración general sobre el principio de enriquecimiento injusto como fuente autónoma de las obligaciones, manteniendo algunas regulaciones de la *condictiones* romanas a través de los cuasicontratos.

1.4. Los cuasicontratos y el Enriquecimiento Injusto

Estas *condictiones* fueron recogidas en gran medida por las normas que regulan los cuasicontratos en nuestro Código Civil, pasando a ser interpretados a la luz del principio unificador de enriquecimiento injustificado o sin causa, que es concebido como razón justificadora común para todos ellos²¹⁹.

Si bien el enriquecimiento injusto no se encuentra regulado expresamente por la legislación chilena, la doctrina lo ha catalogado como un principio del derecho. Mas nuestra legislación habla de enriquecimiento sin causa y no de enriquecimiento injusto, pues esta legislación es recogida principalmente de la doctrina francesa.

En general, cuando se habla de enriquecimiento sin causa, se hace una relación directa con los cuasicontratos de pago de lo no debido y agencia oficiosa, instituciones cuyo fundamento correspondería al principio de enriquecimiento sin causa.

²¹⁶ DIEZ-PICAZO, L. « Fundamentos...», *op. cit.* 48p.

²¹⁷ FIGUEROA, G. *op. cit.*, 308p.

²¹⁸ *Ibid.*

²¹⁹ BARROS, E. *op. cit.*, 1p.

2. EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO COMO PRINCIPIO DEL DERECHO Y FUENTE DE LAS OBLIGACIONES

2.1. El enriquecimiento injusto como construcción jurisprudencial

A diferencia de otros ordenamientos jurídicos que contemplan al enriquecimiento injusto como una fuente autónoma de las obligaciones²²⁰, el ordenamiento jurídico chileno no lo hace así. Al igual que el Código Civil francés, el Código Civil chileno aplica la institución del enriquecimiento injusto en múltiples casos, entre los cuales destaca: (i) el art. 1688, conforme al cual en caso de declararse nulo un contrato celebrado con un incapaz, el que contrató con él no puede pedir restitución o reembolso de lo que gastó o pagó en virtud del contrato, sino en cuanto pruebe haberse hecho más rico con ello el incapaz; (ii) el art. 904, que regula las prestaciones mutuas; (iii) el caso de las recompensas en la sociedad conyugal; (iv) las reglas de accesión, especialmente, las de mueble a mueble; (v) art. 1750, mediante el cual los acreedores del marido o de la sociedad conyugal pueden perseguir sus derechos sobre los bienes de la mujer, si prueban que el contrato cedió en utilidad personal de la mujer, como en el pago de sus deudas anteriores al matrimonio; entre otras. Pero esta aplicación en casos particulares no tiene como correlato una acción general contra el enriquecimiento injusto, que pueda ser aplicada a supuestos fuera de las normas citadas.

Esta situación ha derivado en que el enriquecimiento injusto sea considerado como un principio del derecho, lo cual permitiría aplicarlo en diversos casos donde se verifique una situación de enriquecimiento patrimonial sin causa. Esta posición, al no encontrarse contemplada en la legislación civil, ha sido construida por la jurisprudencia y la doctrina.

La jurisprudencia francesa a partir de la célebre sentencia de 15 de junio de 1892, consagró por primera vez la acción de *in rem verso* “*como derivada del principio de equidad que prohíbe enriquecerse a costa de otro*”. A partir de este fallo y otros sucesivos en el mismo tenor, algunos autores han hablado que la jurisprudencia francesa considera al enriquecimiento sin causa como un principio del derecho y una fuente autónoma de las obligaciones²²¹. Al existir una relación íntima entre derecho chileno y el derecho francés, esta situación registrada por la jurisprudencia francesa también tuvo repercusión en Chile, aunque varios años más tarde.

²²⁰ Todos los Códigos modernos consagran la noción del enriquecimiento sin causa, mencionando entre ellos, el Código Civil alemán (art. 812), el Código Federal Suizo de las Obligaciones (art. 62), el Código Civil de la República China (art. 179) y el Código polaco (art. 123). Cfr. FIGUEROA, G. *op. cit.*, 309p.

²²¹ *Ibid.*

La Corte Suprema de Chile, en la Sentencia de fecha 18 de agosto de 1920, abrió el camino de acogida al principio del enriquecimiento sin causa²²². Este caso consistió en la demanda de una mujer a su concubino por parte de las ganancias generadas en un negocio de comercio que tenían en conjunto mientras estaban conviviendo, fallando a favor de la demanda de la mujer, debiendo restituir las ganancias el cónyuge que se había visto enriquecido a su costa.

2.2. El enriquecimiento injusto en la doctrina chilena

Para algunos autores, a pesar de la falta de regulación expresa, y en virtud del artículo 24 del Código Civil chileno que menciona el “*espíritu general del derecho*” como fuente de interpretación de nuestra legislación, el principio de enriquecimiento sin causa podría aplicarse.

En esta línea, autores nacionales como Daniel Peñailillo, consideran que el enriquecimiento sin causa es un principio del derecho y una fuente de obligaciones. En cuanto principio, “*consiste en que el Derecho repudia el enriquecimiento a expensas de otro sin una causa que lo justifique*”²²³. En cuanto *fuente de obligaciones* consiste en una atribución patrimonial sin una justificación que la explique, de modo que, constatado, se impone la obligación de restituir²²⁴. Así, la norma legal debiese establecer que “*el Derecho repudia el enriquecimiento de alguien a expensas de otro sin causa justificada*”.²²⁵ El profesor Enrique Barros también considera al enriquecimiento injusto como una fuente autónoma de las obligaciones.

Por su parte, el profesor Gonzalo Figueroa sostiene que el enriquecimiento sin causa sería una fuente de las obligaciones no autónoma, sino que estaría incluida dentro de los cuasicontratos. El artículo 1437 establece como fuente de las obligaciones a los cuasicontratos, los cuales a su vez son mencionados por el artículo 2285, el cual dice que “*hay tres principales cuasicontratos*”. Aquellos no mencionados por el artículo 2285, han sido llamados cuasicontratos atípicos o innominados, entre los cuales algunos autores han incluido al enriquecimiento sin causa.

²²² FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo. El enriquecimiento sin causa en Chile y en Francia (Apuntes para una explicación en clases), en Homenaje a Christian Larroumet. Santiago, 2008.

²²³ PEÑAILILLO, Daniel. 1996. El enriquecimiento sin causa. Principio de derecho y fuente de obligaciones. Revista de Derecho, Universidad de Concepción (200): 9p.

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ *Id.* 30p.

3. REQUISITOS DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO EN EL DERECHO CHILENO

La determinación de los requisitos del principio de enriquecimiento injusto en el Derecho chileno no es pacífica, y gran parte de los autores nacionales recoge los requisitos establecidos por la jurisprudencia francesa.

Estos requisitos varían según el autor, por lo cual, veremos las posturas más importantes en nuestro derecho.

3.1. Postura de Gonzalo Figueroa Yáñez

El profesor Gonzalo Figueroa Yáñez, en su libro “El Patrimonio”, establece que los requisitos del principio de enriquecimiento injusto son: (i) el empobrecimiento y enriquecimiento correlativos; (ii) ausencia de culpa del empobrecido; (iii) ausencia de interés personal del empobrecido; (iv) falta de causa; (v) ausencia de otra acción expresamente concedida por la ley.

(i) Empobrecimiento y enriquecimiento correlativos. El primer requisito consiste en la existencia de un patrimonio que se haya empobrecido y que otro se haya enriquecido como resultas de un mismo acontecimiento: que exista un nexo de causalidad entre ambos.

(ii) Ausencia de interés personal del empobrecido. El empobrecimiento no puede ser una consecuencia de la culpa o negligencia del propio empobrecido.

(iii) Ausencia de interés personal del empobrecido. Si el empobrecido realiza un acto por su propio interés y a su propio riesgo, no puede demandar a quien resulten beneficiados por tales, como sucede en aquel caso en que un vecino construye un dique que proteja también a sus vecinos (ejemplo de los hermanos Mazeaud) o la construcción de un supermercado por un particular u otra instalación que aumente la plusvalía de los terrenos de los propietarios adyacentes o cercanos.

(iv) Falta de causa. Este requisito es uno de lo más importante, pues da el nombre a la institución para aquellos que lo denominan “enriquecimiento sin causa”. El concepto de causa utilizado corresponde al de *causa eficiente*, que tiene origen romano y por la cual se entendía a la fuente de la obligación (contrato, delito o cuasidelito).

Lo importante ya no será el enriquecimiento injusto entendido como regla moral basada en la equidad. Lo importante será si el enriquecimiento tiene causa eficiente o no. La jurisprudencia francesa ha señalado que el enriquecimiento tiene una causa legítima cuando su fuente es regular; bien sea ella un acto jurídico, un delito o cuasidelito, o una regla legal o consuetudinaria.

(v) Ausencia de otra acción expresamente concedida por la ley. Este requisito dice relación con la aplicación de la *actio de in rem verso*, a la cual se le atribuye la característica de ser subsidiaria. Por lo tanto, en caso de existir una acción personal o real que pueda ejercer el empobrecido, no podrá invocar la *actio de in rem verso*.

Asimismo, existe como límite la prescripción extintiva de la acción o si la cosa fue adquirida mediante prescripción adquisitiva²²⁶.

3.2. Postura de Fernando Fueyo

El Profesor Fernando Fueyo²²⁷, en un intento de dotar de una clasificación sencilla y clara, establece los siguientes requisitos del principio de enriquecimiento injusto:

(i) El enriquecimiento a expensas de otro. Para el profesor Fueyo, puede afirmarse que se enriquece toda persona que adquiere una ventaja patrimonial sin una correspondencia recíproca de una desventaja equivalente. Este enriquecimiento puede consistir en la adquisición de un derecho, el aumento del valor de un bien que se encuentra en nuestro patrimonio o en una forma negativa de enriquecimiento, cuando la ventaja se traduce en la liberación de una obligación o carga a la que estábamos afectos. El enriquecimiento no está circunscrito a valores pecuniarios (aunque ésta sea la forma normal y más frecuente), sino que también se habla del enriquecimiento moral²²⁸.

(ii) Que tal enriquecimiento se haya verificado sin causa justificada. El enriquecimiento que otro haya hecho a expensas del perjudicado sólo puede reclamarse si *carece de una causa que lo justifique*. Fueyo reconoce que no hay una fórmula unitaria capaz de zanjar la hipótesis de faltar una causa justificante, especialmente porque los hechos que dan origen al desplazamiento son marcadamente diferentes y, seguidamente, crean por lo mismo la dificultad de precisar sobre si es no justificable el desplazamiento pertinente.

²²⁶ Cfr. FIGUEROA, G. « El Patrimonio», *op. cit.*

²²⁷ FUEYO, F. *op. cit.*, pp. 456-460.

²²⁸ En esta sección no se pretende dar una discusión acaba sobre la procedencia del enriquecimiento moral. Se recomienda profundizar sobre la materia en el texto de FÁBREGA, J. *op. cit.*, pp. 49 y ss.

(iii) Empobrecimiento de quien sostiene la pretensión de reembolso. Al enriquecimiento de un patrimonio deberá corresponder un empobrecimiento de otro patrimonio, el cual se podrá presentar como pérdida de una cosa, un derecho o una ventaja jurídica o por la pérdida de un lucro directo y positivo.

3.2.1. Aplicación de la *actio in rem verso*.

Fernando Fueyo sostiene que los efectos de esta acción dependerán de las hipótesis de enriquecimiento. Si el aprovechamiento recayó en algún *derecho patrimonial en general*, el enriquecido deberá traspasar al empobrecido ese mismo derecho; si se refiere al *dominio o propiedad* ha de hacerse la operación completa de reembolso, comprendiéndose el título y el modo de adquirir, incluida la tradición, con la operación registral si de inmuebles se trata; si se refiere a *derechos reales de disfrute*, como el usufructo, ha de entregarse la cosa al dueño y han de cancelarse las correspondientes inscripciones registrales, si las hubiere; si la ventaja dice relación con la apropiación de un *derecho personal* o de *crédito*, el enriquecido debe ceder al empobrecido dicho derecho de acuerdo con las formalidades del caso²²⁹.

Cuando sea imposible *recuperar en naturaleza* la misma ventaja que dio lugar al enriquecimiento, el empobrecido accionará para recuperar lo que se haya recibido por el derecho correspondiente o, en su defecto, el valor de reemplazo²³⁰.

La indemnización, sin embargo, tiene entre sus límites el monto del enriquecimiento, pues no existiría justificación alguna para hacer pagar más de la utilidad obtenida²³¹. Asimismo, para algunos cuando el empobrecimiento es menor que el enriquecimiento la indemnización se decidirá únicamente por el valor del empobrecimiento. La razón dada en estos casos es el carácter indemnizatorio de la *actio in rem verso*, sin embargo esta interpretación es errónea, pues el carácter de esta acción sería impedir el enriquecimiento injusto y no reparar el “daño” o pérdida sufrida por el empobrecido, pues como veremos en el próximo capítulo, el empobrecimiento no es un requisito del enriquecimiento injusto en su desarrollo actual en la doctrina y derecho comparado.

²²⁹ FUEYO, F. *op. cit.*, 462p.

²³⁰ *Ibid.*

²³¹ ABELIUK, René. Las Obligaciones. Santiago, López-Viancos, 1971. 132p.

3.3. Postura de Daniel Peñailillo

El profesor Daniel Peñailillo sostiene que existe una importante discrepancia en cuanto a los requisitos del enriquecimiento injusto o sin causa. Existiría una exposición tradicional que exigiría: (i) enriquecimiento de un sujeto, (ii) empobrecimiento de otro; (iii) correlatividad entre ambos y (iv) ausencia de causa del enriquecimiento. Sin embargo, una posición contemporánea de la doctrina sólo exigiría un enriquecimiento y ausencia de causa de éste, siendo ésta posición a la cual adscribe.

(i) El enriquecimiento de un sujeto. En la definición de estos requisitos exigidos por la doctrina y jurisprudencia, podemos decir que el **enriquecimiento** para estos efectos es

“toda ventaja patrimonial, provecho o beneficio adquirido. Se entiende en un amplio sentido, que incluye la adquisición de cosas, materiales o inmateriales, corporales o incorporales (derechos reales o personales), aumento de valor de un objeto que ya se tiene (por edificaciones, plantaciones, siembras, mejoras de variada especie), y también la liberación de una obligación o carga a que se estaba sometido.”²³²

Así, se ha recurrido a la noción de “ahorro de gastos”, la cual, con el complemento de que se trate de un gasto que parecía necesario efectuar, se erige en una forma importante de enriquecimiento.

(ii) El empobrecimiento de un sujeto. Este requisito genera la discrepancia. Para cierta parte de la doctrina este empobrecimiento puede manifestarse de distintas formas: como la pérdida de una cosa, un derecho o una ventaja cualquiera, y aun por la pérdida de una ganancia segura a la cual, para concretarla sólo falta el transcurso del tiempo, lo cual daría al “empobrecido” la pretensión de reembolso sobre el “enriquecido”.

Por otra parte, se ha estimado que el empobrecimiento no constituye una medida de la restitución y no sería un requisito indispensable, pues lo decisivo sería determinar la medida del enriquecimiento.²³³ En virtud de esto, no sería necesario un desplazamiento de valor hacia el enriquecido, sino más bien una atribución de valor que no le correspondía. Al hablar de “atribución” y no de “desplazamiento”, ya no se requiere la figura de un empobrecido.

²³² PEÑAILILLO, D. *op. cit.*, 13p.

²³³ *Id.*, 14p.

(iii) Correlatividad entre el enriquecimiento y el empobrecimiento. La existencia de este requisito va íntimamente ligado a la existencia del requisito del empobrecido. Para aquellos que sostienen la necesidad del requisito del empobrecido, este requisito consistiría en la relación de causalidad entre el enriquecimiento y el empobrecimiento.

(iv) Ausencia de causa. En cuanto al requisito de la causa, es necesario diferenciar dos apreciaciones generales al respecto. La primera de ellas considera que la causa interviene en general en las *atribuciones patrimoniales*, más allá de constituir un elemento del negocio jurídico, lo cual significa que toda atribución patrimonial ha de tener una justificación de las toleradas por el orden jurídico (así entonces la causa se revela como un elemento más comprensivo de lo que habitualmente se le considera). La segunda apreciación del concepto causa, a propósito del enriquecimiento sin causa, que existe una discordia acerca si la noción de causa se descompone en dos vertientes: una en cuanto elemento del negocio y otra en cuanto elemento que ha de faltar para configurarse el enriquecimiento sin causa, o es una sola en toda situación²³⁴.

Peñailillo adscribe a la primera posición, considerando un concepto unitario de causa. Asimismo, sostiene que la falta de causa de la atribución implicaría otras tres exigencias: ausencia de culpa del pretendido titular de la acción (empobrecido), ausencia de interés del mismo y ausencia de otra acción (carácter subsidiario)²³⁵.

Luego de analizar los requisitos, Peñailillo sostiene que la medida de la restitución la da el enriquecimiento. Quien no tiene causa para retener debe restituir todo, no porque tal sea el monto del eventual empobrecimiento, sino porque, establecida la titularidad, ese valor corresponde al actor. Sea que el actor se empobreció correlativamente (y se tratará entonces de un desplazamiento de valor) o sea porque es riqueza creada que a él pertenece. Así, el desplazamiento patrimonial y el sujeto empobrecido no serían requisitos del enriquecimiento sin causa, y solo bastaría que estuviésemos ante la presencia de una atribución patrimonial impropia²³⁶.

²³⁴ *Id.*, 15p.

²³⁵ *Id.*, 20p.

²³⁶ *Id.*, 28p.

3.4. Conclusiones

El desarrollo dogmático del principio de enriquecimiento sin causa realizado por la doctrina chilena plantea una reforma de su regulación, avanzando hacia una regulación del enriquecimiento sin causa como fuente autónoma de las obligaciones. Esta postura es compartida por Figueroa Yáñez, Fueyo y Peñailillo.

Asimismo, tal como sostiene Peñailillo, sólo debiesen considerarse como requisitos del enriquecimiento sin causa el enriquecimiento, sin necesidad del empobrecimiento correlativo y por ende, del requisito de causalidad entre el enriquecimiento y el empobrecimiento, pues este último no se verifica en todos los casos.

De la misma forma, la doctrina y jurisprudencia reciente lo han descartado como un requisito, pues de lo contrario se produce una confusión con el derecho de daños. Algunos autores han sostenido que no es preciso que haya habido una efectiva prestación del empobrecido al enriquecido, pues también cabe que se haya hecho cesar un perjuicio o pérdida (*damnum cessans*) a cambio de experimentar algún detrimento o desventaja. Lo único necesario, como sostiene la doctrina en el derecho comparado “es que el valor del empobrecimiento sea reconocible en el patrimonio al que ha sido transportado”²³⁷, es decir, lo importante sería la verificación del valor del enriquecimiento.

Asimismo, al prescindir del requisito de empobrecimiento, la errónea construcción del principio de enriquecimiento injusto realizada por el derecho francés y adoptada por el derecho chileno, tiende a corregirse, presentando mayores similitudes con la construcción del principio de enriquecimiento injusto en el derecho anglosajón y alemán, los cuales adoptan a esta institución a partir de las *condictiones* romanas. Asimismo, se permite compatibilizar el principio de enriquecimiento injusto con la construcción contemporánea de la tipología de *condictiones*, en especial con la *condictio* por intromisión.

4. CONCLUSIONES

La revisión del enriquecimiento injusto en el Derecho chileno nos permite concluir que no existe una acción general en contra del enriquecimiento injusto que permita aplicarla ante la situación de un enriquecimiento patrimonial ilícito. Por lo tanto, el derecho chileno no otorga una respuesta satisfactoria

²³⁷ LACRUZ BERDEJO. Notas sobre el enriquecimiento sin causa. RCDI, 1969. 585p. *apud* DIEZ-PICAZO, L. « Fundamentos...», *op. cit.* 61p.

para el tratamiento de las ganancias obtenidas ilícitamente cuando estas no se encuentran dentro de los casos específicos regulados por el Código Civil.

Por otra parte, varios autores sostienen la necesidad de cambios en la regulación actual sobre el enriquecimiento injusto. Así, el profesor Gonzalo Figueroa plantea ciertos desafíos de la legislación respecto al enriquecimiento injusto:

“la jurisprudencia chilena se ha mostrado en general temerosa, sin la audacia que ha tenido la jurisprudencia francesa, para aceptar algunas figuras jurídicas no reglamentadas expresamente en la ley positiva, como sucede con el enriquecimiento sin causa. En estas circunstancias, estimamos necesario legislar sobre esta institución, para que llegue a aceptarse como autónoma de obligaciones”²³⁸.

Una de las razones por las cuales se produce esta situación se debe a que el derecho chileno adopta del derecho francés la construcción del enriquecimiento sin causa, la cual se da a partir de la jurisprudencia encontrando su origen en la *regula iuris* de Pomponio que sostiene que “nadie debe enriquecerse a costa de los demás”. Situación distinta es la del derecho alemán y anglosajón, los cuales construyen el enriquecimiento injusto a partir de las *condictiones* del derecho romano. Por esta razón se analizó el origen y evolución del principio de enriquecimiento injusto y su posterior tratamiento en las distintas tradiciones del derecho comparado.

A pesar de esta situación, la doctrina contemporánea plantea un aproximamiento entre ambas tradiciones jurídicas, reconduciendo el principio de enriquecimiento injusto a una tipología actualizada de las *condictiones* romanas, ante la evidencia del derecho comparado que nos muestra que las hipótesis concretas de enriquecimiento injusto difícilmente son subsumibles en un solo conjunto abstracto de supuestos, como ha tendido a ocurrir en el derecho francés y en otros ordenamientos que históricamente le han sido cercanos²³⁹.

Esto ha provocado que lo comúnmente determinante en las acciones de enriquecimiento haya pasado a ser la ganancia del deudor y no el desplazamiento patrimonial, esto es, el empobrecimiento correlativo del acreedor (como suele ocurrir en las *condictiones* que tienen por antecedente una prestación). La lógica de la acción por enriquecimiento es la justicia restitutoria y no la correctiva, precisamente porque

²³⁸ FIGUEROA, G. *op. cit.*, 312p.

²³⁹ BARROS, E., *op. cit.*, 4p.

el empobrecimiento patrimonial no es (necesariamente) un requisito de procedencia. Por eso, la medida de la restitución es la ganancia injustificada y no el perjuicio, de modo que éste carece de relevancia en la determinación del quantum restitutorio²⁴⁰.

En esta línea, el desarrollo dogmático de la *condictio* por intromisión en el derecho comparado resulta interesante de analizar para la presente Memoria, pues es una *condictio* bajo la cual no se hace necesario el requisito de empobrecimiento correlativo al enriquecimiento. La prescindencia de este último elemento como requisito del enriquecimiento sin causa, también ha sido considerado por la doctrina nacional, resultando el principio de enriquecimiento injusto compatible como fundamento del comiso de ganancias, medida que buscaría corregir la situación patrimonial ilícita.

²⁴⁰ *Id.*, 7p.

CAPÍTULO III

LA NATURALEZA JURÍDICA DEL COMISO DE GANANCIAS

Desde la aparición del comiso de ganancias como medida para enfrentar a los delitos económicos se ha discutido su naturaleza jurídica y sus fundamentos. En este capítulo se analizará el tratamiento que ha dado la doctrina y el derecho comparado al comiso de ganancias, lo cual ha ido desde el tratamiento como una pena, como medida seguridad, como consecuencia accesoria y, finalmente, como una institución cuyo fundamento se encuentra en el principio de enriquecimiento injusto. También se analizará la regulación como pena que le ha dado la legislación nacional y las limitaciones de su aplicación bajo estas condiciones conforme a casos emblemáticos que implican delitos económicos, tal como ha sido el Caso Schwager, el Caso Inverlink y el Caso Riggs que recientemente ha planteado la discusión sobre el comiso de ganancias.

Precisar la naturaleza jurídica del comiso de ganancias, no es un asunto de disquisición puramente académica, ya que situado como una medida punitiva o meramente civil o administrativa tiene implicaciones frente a los derechos a favor de quienes puedan resultar afectados con su aplicación²⁴¹.

Esta Memoria plantea la hipótesis que el fundamento del comiso de ganancias se encuentra en el principio de enriquecimiento injusto, de ahí la importancia de haber revisado la construcción de dicho principio y la compatibilidad que existe entre éste y el comiso de ganancias. De esta forma, es posible la construcción de un comiso de ganancias de aplicación efectiva, que supere las limitaciones del principio de culpabilidad y personalidad de la pena que son propios de la pena y no del comiso. Esto permitirá una aplicación efectiva del comiso de ganancias y su compatibilidad con tendencias modernas del comiso, tal como el comiso subrogatorio, comiso ampliado y comiso sustitutivo.

Finalmente, en este capítulo se analizará el fundamento que le han otorgado al comiso de ganancias las propuestas de los Anteproyectos de Código Penal chileno, para determinar si se ha planteado un fundamento distinto al de la pena.

²⁴¹ RESTREPO, Manuel. El comiso: análisis sistemático e instrumentación cautelar. Bogotá, Editorial Universitaria del Rosario, 2007. 56p.

I. EL COMISO DE GANANCIAS COMO PENA ACCESORIA, MEDIDA DE SEGURIDAD Y CONSECUENCIA ACCESORIA

El comiso ha sido considerado tradicionalmente como una pena accesoria, por lo tanto, asociada a una condena. Este tratamiento responde a que las consecuencias jurídicas patrimoniales jugaban un papel secundario en el Derecho Penal clásico, cuya preocupación central se ubicaba en la sanción del autor de la infracción penal en tanto individuo.

Sin embargo, para determinados delitos cuyo móvil era la obtención de beneficios económicos, cuando la eventualidad de prisión aparece como un riesgo calculado y asumido por el delincuente, el comiso se transforma como una pena de mayor importancia, que va asociada a la pena principal.

En principio, la pena de comiso estaba orientada sólo a la privación de los instrumentos y efectos del delito. No obstante, el desarrollo de la criminalidad organizada y el aumento de delitos empresariales implicaron el surgimiento del comiso de ganancias, medida que tiene por objeto específicamente privar al delincuente, o a quien se las hubiesen transferido, de las ganancias obtenidas ilícitamente. Esta medida se comienza a regular de forma autónoma o se considera incluida dentro del comiso de los efectos, aplicándole las mismas reglas.

En esta sección se analizará el tratamiento del comiso de ganancias como una pena, posterior y brevemente, como medida de seguridad y, finalmente, como consecuencia accesoria.

1. EL COMISO DE GANANCIAS COMO PENA

Al comiso de ganancias, tanto en su regulación autónoma como en su inclusión en el comiso de efectos del delito, su fundamento se encontraba en los fundamentos de la pena, al igual que el comiso de instrumentos y de efectos. Esta situación ha sido así desde el origen de la regulación del comiso y sólo ha presentado modificaciones en algunas legislaciones recientemente (*v.gr.* Alemania a partir de los '70 y España a partir de los '90). En cambio, en legislaciones como la chilena el comiso – incluyendo el de ganancias – sigue siendo regulado como pena. En definitiva, el comiso puede identificarse con la naturaleza de la pena porque equivale a una restricción de derechos de carácter patrimonial como pena pecuniaria impuesta como consecuencia de un hecho punible²⁴². Para estos efectos, es necesario analizar

²⁴² RESTREPO, M. *loc. cit.*

la definición de la pena a partir de sus teorías de justificación y así determinar qué requisitos se imponen para su aplicación y cuáles son sus límites que impiden una aplicación efectiva en aquellos ordenamientos que siguen regulándola como una pena.

1.1. La pena y sus teorías de justificación.

La definición de lo que se entiende por “pena” está íntimamente relacionada con las “teorías de justificación de la pena”. Esta discusión no ha sido pacífica en la doctrina, extendiendo innumerables escritos al respecto. Para los efectos de esta Memoria, no se profundizará sobre la naturaleza de la pena. Sólo se revisarán las teorías principales de la justificación de la pena a partir de la sistematización realizada por el profesor Claus Roxin, lo cual nos permitirá posteriormente analizar los alcances de la aplicación de una pena.

La primera teoría de la justificación de la pena corresponde a la “teoría de la retribución”, para la cual el sentido de la pena estriba en que la culpabilidad del autor sea compensada mediante la imposición de un mal penal. La pena lleva su fin en sí misma y es la realización de la idea de justicia²⁴³. Lo problemática de esta teoría es que no lograr responder por qué el Estado tendría que retribuir toda culpabilidad con una pena (no explica cuándo se tiene que penar) y no traza un límite en cuanto al contenido a la potestad penal estatal. Además, la posibilidad de culpabilidad humana presupone la libertad de voluntad (el libre albedrío) y su existencia, lo cual es indemostrable.

La segunda teoría es la llamada prevención especial. La justificación de la pena estaría en la prevención de nuevos delitos del autor, lo cual puede ocurrir de tres maneras: corrigiendo al corregible (resocialización); intimidando al que todavía es intimidable; y finalmente, haciendo inofensivo mediante la pena de privación de libertad a los que ni son corregibles ni intimidables. Sin embargo, esta teoría tampoco fija una limitación al *ius puniendi* y deja al particular ilimitadamente a merced de la intervención estatal. Asimismo, no es capaz de dar una respuesta efectiva a los delitos más graves, pues no podría imponerse pena si no existe peligro de repetición.

La tercera teoría es la llamada prevención general, conforme a la cual el sentido y fin de la pena tiene su influencia en sus efectos intimidatorios sobre la generalidad de la población y no sobre el autor. Las críticas hacia ella apuntan a que deja sin aclarar el ámbito punible y que puede devenir en una tendencia

²⁴³ ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducido de la 2ª edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña *et ál.* Madrid, Ed. Civitas, 1997. Tomo I. 12p.

de terror estatal, pues quien quiere intimidar mediante la pena, tenderá a reforzar ese efecto castigando tan duramente como sea posible. Asimismo, se sostiene que cada delito, por el hecho de existir, es una prueba en contra de la eficacia de la prevención general.

Un concepto fundamental relacionado con la pena en estas tres teorías de su justificación, es la culpabilidad. La importancia de distinguir entre las teorías de justificación de la pena radica en que la teoría retribucionista considera que la culpabilidad opera como fundamento del fin de la pena; en cambio, en el caso de la teoría de la prevención general la culpabilidad opera como límite de la pena. Para el caso de esta última teoría, Roxin considera que el concepto de culpabilidad tiene la función de asegurar al particular que el Estado no extienda su potestad penal en interés de la prevención general o especial más allá de lo que corresponde a la responsabilidad de un hombre concebido como libre y capaz de culpabilidad: “[a]sí evitamos la mala conciencia que tendríamos si empleásemos la culpabilidad para justificar medidas retributivas, ya que esta utilización del concepto de culpabilidad para coartar el poder de la autoridad actuando exclusivamente en favor del ciudadano y de sus posibilidades de desenvolvimiento”²⁴⁴.

Desde la teoría retribucionista, Kindhäuser ofrece una definición de pena aceptada por la doctrina mayoritaria: define a la pena como “la irrogación de un mal como expresión de la desaprobación de un comportamiento previo defectuoso”²⁴⁵. La pena tiene su fundamento en la culpabilidad, de modo que no puede imponerse pena sin culpabilidad. De ahí se derivaban las siguientes consecuencias en relación con la aplicación del comiso: sólo podría aplicarse al culpable y sólo se podría aplicar a quien comete la acción culpable, no pudiendo extender sus efectos a terceros. En este sentido, el reproche resultaría doblemente expresivo: es correcto seguir normas por mor de la justicia (efecto de integración) y, secundariamente, no es conveniente quebrantar normas (efecto de intimidación)²⁴⁶.

El fin de la pena exige, por ello, que sólo normas cuyo quebrantamiento sea indicio de una inhumanidad indignante sean reforzadas mediante pena. Cada introducción de una bagatela en el Derecho penal trivializa a éste, privándolo de la seriedad que el reproche de culpabilidad debería expresar²⁴⁷.

²⁴⁴ ROXIN, C. *op. cit.* 28p.

²⁴⁵ KINDHÄUSER, Urs. *Pena y Culpabilidad en el Estado Democrático de Derecho*. 2ª ed. Montevideo y Buenos Aires, BdF, 2011. 17p.

²⁴⁶ KINDHÄUSER, U., *op. cit.*, 33p.

²⁴⁷ KINDHÄUSER, U., *op. cit.*, 36p.

Desde la teoría preventivo general, Roxin agrega que toda pena presupone culpabilidad del sujeto cuando cometió un hecho en el pasado²⁴⁸. Por tanto, para las teorías de justificación la culpabilidad cumple un rol central al momento de aplicar la pena, lo cual implica una serie de requisitos al momento de su aplicación lo que conlleva una serie de limitaciones de la aplicación del comiso de ganancias cuando es regulado como pena, que dicen relación con los requisitos para su aplicación y los principios que la rigen.

1.2. Conductas punibles y sus requisitos

En la moderna dogmática del Derecho Penal existe en lo sustancial acuerdo en cuanto a que toda conducta susceptible de aplicársele una pena (=punible) supone una acción típica, antijurídica, culpable y que cumple otros eventuales presupuestos de punibilidad²⁴⁹.

La acción típica y antijurídica ha de ser culpable, es decir, ha de poderse hacer responsable de ella al autor, la misma se le ha de poder, como mayoritariamente se dice, "reprochar". Para ello se requiere del autor la imputabilidad o capacidad de culpabilidad y la ausencia de causas de exculpación, como las que suponen, por ejemplo, el error de prohibición invencible o el estado de necesidad disculpante²⁵⁰.

El sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídico-penal pese a que (todavía) le podía alcanzar el efecto de llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que le era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a Derecho²⁵¹. Roxin, además, sostiene que se ha pasado de un concepto de culpabilidad subjetiva a un concepto de culpabilidad normativa:

Este concepto de culpabilidad estaría compuesto por tres elementos: (1) por la normalidad mental del sujeto; (2) por una concreta relación psíquica del sujeto con el hecho o al menos la posibilidad de la misma (dolo o imprudencia) y (3) por la normalidad de las circunstancias en las que actúa el sujeto. Así, como síntesis de estos elementos se halló el concepto de reprochabilidad. "La culpabilidad es reprochabilidad...: se ha de imputar una conducta prohibida a la culpabilidad de una persona cuando se le puede hacer un reproche por haber incurrido en ella".

²⁴⁸ ROXIN, C. *op. cit.* 42p.

²⁴⁹ ROXIN, C. *op. cit.* 193p.

²⁵⁰ La diferencia entre falta de antijuridicidad y falta de culpabilidad, entre justificación y exculpación, consiste en que una conducta justificada es reconocida como legal por el legislador, está permitida y ha de ser soportada por todos, mientras que una conducta exculpada no es aprobada y por ello sigue estando no permitida y prohibida. Únicamente no se castiga, pero por regla general no tiene por qué ser tolerada por quien es víctima de una conducta antijurídica. ROXIN, C. *op. cit.* 195p.

²⁵¹ ROXIN, C. *op. cit.* 792p.

Estos tres elementos evolucionarían a través de la doctrina finalista de la acción, que consideró como elementos de la reprochabilidad, la imputabilidad, la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad y la exigibilidad de una conducta conforme a la norma.

1.3. Limitaciones del comiso de ganancias como pena

La doctrina ha criticado la regulación del comiso de ganancias como una pena. Primero, porque el fundamento del comiso de ganancias no sería el mismo fundamento de la pena, sino estaría dado por el enriquecimiento injusto. Segundo, porque al ser regulado como una pena, tendría una serie de limitaciones que se desprenden del principio de culpabilidad y del carácter personalísimo de la pena, principalmente. A pesar de que estos principios resultan los más interesantes de analizar por su mayor implicancia, hay otros principios que igual se aplican al comiso de ganancias.

El comiso de ganancias al ser regulado como una pena, le es aplicable el principio de legalidad: debe estar regulado por una ley cierta, previa, escrita y estricta. Además, aplicaría el principio de irretroactividad. También necesitaría de sentencia para aplicarse.

Otro principio aplicable sería el principio de proporcionalidad en sentido estricto. Este principio obliga a los órganos jurisdiccionales a considerar la oportunidad del comiso cuando “el valor o la naturaleza de la infracción sea menor que el perjuicio que se causa con el comiso”²⁵², pero en el caso del comiso de ganancias genera el problema que al no aplicarlo a todas las ganancias obtenidas ilícitamente sería equivalente a permitirle al delincuente enriquecerse con los beneficios obtenidos ilícitamente. La única excepción – discutible - estaría dada por Choclán Montalvo, quien plantea el caso en que el penado ha realizado *ex post* actos de reparación a favor de la colectividad, que compensen con creces el beneficio injusto obtenido²⁵³.

Aplica también el principio acusatorio, el derecho de defensa y la necesidad de fundamentación de la sentencia. El derecho de defensa incluye el derecho a ser informado de la acusación como un proceso con todas las garantías.

²⁵² MAPELLI C., B. *op. cit.*, 52p.

²⁵³ CHOCLÁN M., José Antonio. El patrimonio criminal. Comiso y Pérdida de la Ganancia. Madrid, Ed. Dykinson, 2001. 47p.

1.3.1. El Principio de Culpabilidad

La culpabilidad es definida como “una falla personal que lesiona el sentido de la justicia de un modo que produce indignación”²⁵⁴. El principio de culpabilidad estaría tradicionalmente expresado bajo la máxima *nullum crimen nulla poena sine culpa* y se manifestaría en dos planos: uno cuantitativo y otro cualitativo. Desde el punto de vista cualitativo el principio implica que la culpabilidad es un requisito ineludible para la configuración del delito y para la aplicación de las penas, pues sólo de este modo se tendrá la seguridad de que las personas respondan por aquello que efectivamente estuvo dentro de sus posibilidades de previsión al momento de actuar²⁵⁵. Desde el punto de vista cuantitativo la exigencia se traduce en que la culpabilidad es el factor determinante de la medida de la pena, guardando estricta proporción con la mayor o menor intensidad del juicio de reproche que sea posible realizar al autor²⁵⁶.

En el derecho chileno la Constitución Política de la República de 1980 no establece una consagración expresa del principio de culpabilidad, sin embargo, la doctrina a partir de diferentes disposiciones ha concluido que el elemento de culpabilidad tiene jerarquía constitucional.

La primera sería la regulación del principio de irretroactividad, cuyo fundamento se encontraría en razones de justicia vinculadas con la culpabilidad. La Comisión Constituyente estableció que “cuando una persona delinque, sea penal o civilmente, e incluso cuando infringe una obligación, ha tenido presente, en ese instante, cuáles son las consecuencias que se van a derivar de este ilícito o de esta infracción”, de modo que “no parece justo que después se altere esa responsabilidad”²⁵⁷.

Asimismo, el Constituyente habría preferido utilizar una vía indirecta, es decir, consagró como garantía la de no poder sancionar penalmente sin que se compruebe intervención en un delito y la de no poder serlo en virtud de una norma que dé por concurrente alguno de los presupuestos de la responsabilidad criminal.

Para la teoría retribucionista la culpabilidad sería el fundamento de la pena; en cambio, para las teorías prevencionistas la culpabilidad no justifica la pena por sí sola, sino que únicamente puede permitir

²⁵⁴ KINDHÄUSER, op. cit., 27p.

²⁵⁵ En virtud de esto Kindhäuser considera que los delitos de peligro abstracto y las condiciones objetivas de punibilidad representan un punto crítico del Derecho penal. KINDHAUSER, *op. cit.*, 38p.

²⁵⁶ RODRÍGUEZ, Luis. DE LA FUENTE, Felipe (1989). El Principio de Culpabilidad en la Constitución de 1980. En: Revista de Derecho PUCV (13): 126p.

²⁵⁷ Actas de la Comisión Constituyente, Sesión N° 113 (10 de abril de 1975), 8p.

sanciones dentro de lo imprescindible por motivos de prevención general y en tanto no impida que la ejecución de la pena se conforme bajo el aspecto de prevención especial²⁵⁸.

De todas formas, en ambos casos no se puede aplicar una pena sin culpabilidad, por lo tanto, no existirá sentencia condenatoria. Esto significa una severa ineficacia en la aplicación de la medida del comiso de ganancias en aquellas personas exentas de responsabilidad criminal, como el loco o demente, el menor de dieciocho años (que se rigen por Ley Especial de Responsabilidad Penal Adolescente), el que obra en legítima defensa propia o de tercero, el que obra en estado de necesidad justificante, entre otros casos. Tampoco se aplicaría en los casos de sobreseídos definitivamente como aquellos casos de extinción de responsabilidad penal, por la muerte del responsable, indulto, prescripción del delito o de la pena, entre otros casos. Inclusive, en el caso de muerte del responsable, la pena pecuniaria como lo es el comiso de ganancias, no podrá ser exigida a sus herederos si no se hubiere dictado sentencia ejecutoriada antes del fallecimiento.

En todos estos casos de extinción de la responsabilidad penal o de responsable exento de responsabilidad criminal no existirá sentencia condenatoria, por tanto, aún cuando se verifique una situación patrimonial ilícita no se podrá aplicar el comiso de ganancias como pena.

El principio de culpabilidad está íntimamente relacionado con el principio de personalidad de la pena, que también es un principio que resta eficacia a la aplicación del comiso de ganancias y no se condice con los fundamentos de éste.

1.3.2. El Principio de Personalidad de la pena

La responsabilidad penal es personalísima, por lo tanto, no se responde por hechos ajenos. En virtud del principio de personalidad de la pena es imposible dirigirse contra terceros ajenos al delito o falta. El comiso sólo operaba sobre bienes de titularidad del culpable, ya que el carácter personalísimo de la pena obligaba a limitar la aplicación del comiso al sujeto responsable de la infracción penal y, por tanto, sólo tenía lugar con respecto a instrumentos y efectos de su pertenencia, pero en ningún caso cuando dichos instrumentos o efectos eran propiedad de un tercero no responsable del delito²⁵⁹. Asimismo, sucede con el comiso de las ganancias pertenecientes a un tercero no responsable.

²⁵⁸ ROXIN, C. *op. cit.*, 30p.

²⁵⁹ FARALDO C., Patricia. El comiso en relación con los delitos de tráfico de drogas. En: Anuario da facultade de Dereito da Universidade da Coruña. Coruña, Servicio de Publicacións Universidade da Coruña, N° 2, 1998. 255p.

Lo anterior implica también la imposibilidad de aplicar el comiso a las personas jurídicas, pues el ámbito de aplicación subjetivo se reduce a las personas físicas que cometen el delito, con la excepción de los delitos de cohecho, lavado de activos y financiamiento al terrorismo, que se encuentran regulados en la Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas.

Aplicar la pena del comiso de ganancias a un no culpable por la responsabilidad de otro, extrapolando las palabras de Roxin, sería un atentado contra la dignidad humana y si se le castiga por ello, sería la misma categoría que la responsabilidad por el azar o la responsabilidad por estirpe²⁶⁰.

1.4. Conclusiones

El comiso de ganancias ha sido tradicionalmente regulado como una pena. Esto implica que su fundamento se encuentra en la culpabilidad del autor, cuestión que no se condice con las características del comiso, que tiene como el restablecimiento de una situación patrimonial ilícita y dar una respuesta efectiva al tratamiento de las ganancias ilícitas. Toda aplicación de pena exige que se cumplan los requisitos propios del principio de culpabilidad y, por consiguiente, el principio de personalidad.

Por el principio de culpabilidad no podrá aplicarse el comiso de ganancias en aquellos casos que no exista una sentencia condenatoria, ya sea en aquellos casos de extinción de responsabilidad penal o en aquellos casos en que el autor del delito se encuentre exento de responsabilidad criminal. Pero, por otro lado, como del principio de culpabilidad se deriva necesariamente el carácter personalísimo de la pena, únicamente cabría aplicar la de comiso al sujeto responsable de la infracción penal y, por tanto, sólo con respecto a las ganancias pertenecientes a él, pero no respecto a las ganancias que, habiendo sido obtenidas por la comisión del delito, fueran sin embargo propiedad de un tercero no responsable del delito²⁶¹. La conceptualización del comiso de ganancias como pena implica la necesidad de una sentencia de condena y que su imposición quede limitada exclusivamente al sujeto responsable del delito, y desde el punto de vista objetivo, a los bienes, productos o instrumentos vinculados con el delito por el que ha sido condenado, impidiendo o dificultando en gran medida la posibilidad del comiso ampliado. Esto resta total eficacia a la aplicación del comiso de ganancias en delitos económicos, sobre todo, aquellos en los cuales estén implicadas personas jurídicas.

²⁶⁰ ROXIN, *op. cit.*, 29p.

²⁶¹ GRACIA M., Luis, *op. cit.*, 391p.

En definitiva, la regulación del comiso de ganancias como pena presenta severas limitaciones a partir de los principios mencionados, lo cual resta eficacia al comiso de ganancias contra delitos económicos y criminalidad organizada y se encuentra desconectado de los presupuestos del delito.

2. EL COMISO DE GANANCIAS COMO MEDIDA DE SEGURIDAD

Las medidas de seguridad aparecieron hacia mediados del siglo XIX de la mano del pensamiento positivista como una alternativa a la pena, sanción propia del derecho penal liberal inspirado en el pensamiento ilustrado. Si para el derecho penal liberal, el fundamento del castigo radicaba en la culpabilidad y ésta se sostenía desde el libre albedrío, para el positivismo el castigo debía fundamentarse en la peligrosidad social de ciertos sujetos determinados a la realización de conductas desviadas. Esta determinación de ciertas personas a la realización de conductas contrarias al orden social podía provenir de defectos del individuo, bien sea de carácter biológico o bien en los procesos de socialización²⁶².

Toda medida de seguridad presupone una continuada peligrosidad del sujeto para el futuro. Para las teorías monistas, político-criminalmente las medidas de seguridad se basan en que la pena debido a su vinculación a la culpabilidad sólo puede cumplir insuficientemente la misión de protección de la sociedad. El sujeto no culpable pero peligroso no puede ser castigado, pero no obstante en interés de la población – y concretamente mediante la imposición de una medida – se le puede impedir que cometa otros hechos punibles.

La diferencia sustancial entre una pena y una medida de seguridad la encontramos en sus presupuestos: mientras el presupuesto fundamental de la pena es la comisión de un delito, el presupuesto esencial de las medidas de seguridad será la peligrosidad del delincuente. Este presupuesto de la peligrosidad del delincuente es un juicio de peligrosidad que se realiza a través de una *prognosis* de la vida del sujeto en el futuro (se toma datos del género de vida, constitución psíquica, ambiente en que vive, etc.)²⁶³.

Cierta parte de la doctrina, liderada por Manzanares Samaniego²⁶⁴, e inclusive algunas legislaciones consideran como presupuesto del comiso las medidas de seguridad. Esta consideración del comiso de ganancias como una medida de seguridad suele justificarse en la imposibilidad de culpabilidad de la

²⁶² BUSTOS R., Juan. HORMAZABAL M., Hernán. Lecciones de Derecho Penal. Volumen I. Madrid, Editorial Trotta S.A., 1997. 211p.

²⁶³ VILLAVICENCIO T., Felipe. Derecho Penal. Parte General. Lima, Editorial Grijley, 2006. 77p.

²⁶⁴ Cfr. MANZANARES S. José Luis. Las penas patrimoniales en el Código Penal Español. Tras la Ley Orgánica 8/1983. Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1983.

persona jurídica. Si bien la persona jurídica no puede delinquir, sí puede ser objeto de una medida de seguridad que inhiba su peligrosidad. En este sentido, Bajo Fernández para el caso español sostiene que las consecuencias accesorias serían aplicadas por la “peligrosidad objetiva de la cosa”²⁶⁵. No obstante, esta justificación no sería aplicable al comiso de ganancias, pues la ganancia ilícita no presenta una potencial peligrosidad, sino que un determinado sujeto podría darle un uso peligroso a dichas ganancias. Por tanto, no hay peligrosidad de la cosa, como sería con un arma o dinero falsificado, sino que es peligrosidad del sujeto.

Además, las medidas de seguridad tienen un carácter personalísimo, en el sentido de que solo pueden ser aplicadas al sujeto en que se haya apreciado la peligrosidad criminal. Por tanto, si el comiso tuviera la naturaleza de una medida de seguridad, no cabría tampoco aplicarlo con respecto a objetos pertenecientes a un tercero que, por no haber realizado ningún hecho típico y antijurídico, no pudiera ser declarado criminalmente peligroso, lo cual es obvio también en el caso de que el titular de la cosa fuera una persona jurídica, dado que ésta carece de capacidad de realizar acciones en el sentido del Derecho penal y, por ello mismo, de ser sujeto del juicio de peligrosidad criminal y de aplicación de medidas de seguridad²⁶⁶.

En conclusión, por lo tanto, podemos decir que regular al comiso de ganancias como medida de seguridad tampoco soluciona las limitaciones del comiso regulado como pena, pues sigue estando restringida su aplicación al responsable, sin poder aplicarse contra terceros. Asimismo, la medida de seguridad tiene por objeto inhibir el potencial de peligrosidad de la cosa, cuestión que no se verifica en el caso de las ganancias ilícitas.

3. EL COMISO DE GANANCIAS COMO CONSECUENCIA ACCESORIA

Este es el tratamiento que legislaciones como la española y la alemana le confieren al comiso. La legislación española toma el concepto de la alemana, lo que le permite, al desligarlo de la imposición de las penas, contemplar fuertes sanciones a las personas jurídicas²⁶⁷.

El fundamento de las consecuencias accesorias no es el mismo para toda la doctrina. Un sector considera que serían medidas de seguridad; otro sector considera que no estarían relacionadas con otras

²⁶⁵ BAJO F., Miguel. BACIGALUPO, Silvina. Derecho Penal Económico. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2001. 152p.

²⁶⁶ GRACIA M., Luis, *op. cit.*, 393p.

²⁶⁷ LUZÓN C., José María. Compendio de Derecho Penal. Parte General. 9ª ed. Madrid, Ed. Dykinson, 1997, 283p. *apud* RESTREPO, *op. cit.*, 61p.

instituciones jurídicas y por eso tendrían un nombre específicamente asignado y se trataría más bien de una institución *sui generis*; otro sector sigue considerando a las consecuencias accesorias como penas; y otros establecen un fundamento distinto dependiendo de la consecuencia accesoria, por ejemplo, el comiso de instrumentos y efectos tendrían su fundamento en la peligrosidad del objeto, en tanto el comiso de ganancias tendría su fundamento en el principio de intolerancia el enriquecimiento injusto.

Para el primer sector de la doctrina, las consecuencias accesorias son medidas de seguridad aplicadas sobre las personas jurídicas. En este sentido, Silva Sánchez afirma que cabe sostener que las legalmente denominadas consecuencias accesorias son medidas de seguridad jurídico-penales que recaen sobre las personas jurídicas en tanto que son centros de imputación de lesión de una norma jurídico-penal de valoración, siendo así que, además, es previsible que continúen produciendo tal lesión en el futuro²⁶⁸.

Para el segundo sector de la doctrina, las consecuencias accesorias tienen de común una naturaleza no punitiva, sino puramente preventiva. Se fundarían en la idea de peligrosidad. La diferencia es que las medidas de seguridad se aplican a personas que han delinquido y que encierran el peligro de volver a delinquir, mientras que las consecuencias accesorias se aplican a cosas (armas, efectos del delito, beneficios obtenidos) o a organizaciones incapaces de delinquir pero que son peligrosas porque favorecen la comisión de delitos a personas físicas que los utilizan. La peligrosidad es el presupuesto común de las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias, pero en éstas no es la peligrosidad de una persona que puede delinquir, sino la peligrosidad de un instrumento²⁶⁹. Patricia Faraldo también sostiene que las consecuencias accesorias serían una institución *sui generis*, cuyo fundamento no se encontraría en otras instituciones²⁷⁰. En definitiva, las consecuencias jurídicas accesorias constituirían una sanción *sui generis*, cuyo fundamento resulta ajeno a la culpabilidad y a la peligrosidad criminal del sujeto, pero sujeta al principio de proporcionalidad²⁷¹.

Para otros autores, las consecuencias accesorias seguirían siendo penas, pues están expresamente reguladas en el Código penal, se aplican por un juez penal, dentro de un proceso penal y tienen como fuente la comisión de un ilícito penal²⁷².

²⁶⁸ SILVA S., Jesús María. La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del Art. 129 del Código penal español. En: GARCÍA, Percy. La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes. Lima, ARA Editores, 2002. pp. 191-192.

²⁶⁹ MIR PUIG, Santiago (2004). Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (6): 01-17. 4p. Disponible en: [<http://criminnet.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf>]

²⁷⁰ FARALDO, *loc. cit.*

²⁷¹ *Cfr.* PUENTE ABA, Luz. La regulación del comiso en el Código Penal español. Buenos Aires, Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho penal económico, 2009.

²⁷² *Cfr.* ZUGALDÍA, José Miguel. La admisión de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: Un pilar básico del moderno Derecho penal Económico. Nuevas Tendencias del Derecho Penal Económico y de la Empresa. Lima, ARA Editores, 2005. 452p.

Por último, un sector de la doctrina liderado por Gracia Martín niega con fuerza esta última postura y sostiene que a pesar que las consecuencias accesorias consistan en privaciones y restricciones de bienes jurídicos y derechos, que la competencia para su imposición se atribuya al juez penal, y que su imposición deba figurar en el fallo de la sentencia penal, estos datos carecen de valor para determinar la naturaleza jurídica de una institución. La finalidad del comiso no sería más que privar al delincuente de los medios por los que cometió el delito o de los efectos económicos del delito²⁷³. Por tanto, la aplicación del comiso de ganancias deja de estar condicionada a la imposición de una pena, pasando a ser suficiente que se trate de una acción típica y antijurídica. Esta postura considera al enriquecimiento injusto como fundamento del comiso de ganancias y, en definitiva, plantea que el comiso de ganancias al ser una institución con fundamento en el derecho civil, pero construida por el derecho público, se trataría de una institución *sui generis*, con su propia regulación²⁷⁴. Si bien la doctrina española mayoritaria considera el enriquecimiento injusto como el fundamento del comiso de ganancias, para efectos evitar las confusiones generadas sobre la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias y los límites existentes en su aplicación, analizaremos el fundamento del comiso de ganancias de forma autónoma a las consecuencias accesorias.

II. EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO COMO FUNDAMENTO DEL COMISO DE GANANCIAS.

La doctrina mayoritaria en el derecho comparado, como también la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han entendido que el fundamento del comiso de ganancias se encontraría en el principio de enriquecimiento injusto y en el restablecimiento de una situación patrimonial alterada ilícitamente. Esta postura responde a la **“imposibilidad de consentir la adquisición y conservación de un enriquecimiento patrimonial conseguido a través de la comisión de un delito**, tal es el caso del decomiso en sentido amplio y específicamente de las ganancias”²⁷⁵.

El comiso de ganancias no sería una pena, pues no reprocha al acusado la realización del hecho antijurídico, sino que tiene como objetivo conseguir fines ordenadores del patrimonio, buscando remediar la situación patrimonial ilícita. La pena se dirige contra una persona, concretamente, contra aquella que ha cometido el delito, en cambio, el comiso “persigue” al bien, a los efectos, instrumentos o

²⁷³ MIR PUIG, *loc. cit.*

²⁷⁴

²⁷⁵ PUENTE ABA, L. *loc. cit.*

ganancias del delito, pudiendo alcanzar, si su titular no es uno de los responsables penales, a terceros y, por cierto, tantos como titulares de bienes hubiere, siempre, por supuesto, que no fueren terceros de buena fe que hubieran adquirido legalmente el bien²⁷⁶.

Tampoco sería una medida de seguridad, pues cualquier medida de seguridad patrimonial es incompatible con los fines de reeducación o seguridad del delincuente.

Que su fundamento sea la obtención antijurídica de un enriquecimiento patrimonial, y su única finalidad, la eliminación de tal enriquecimiento, aleja el comiso de ganancias de todo atisbo sancionador, y lo aproxima a una figura de construcción básicamente jurisprudencial en nuestra tradición jurídica: el enriquecimiento injusto o sin causa.

1. INTOLERANCIA A UNA SITUACIÓN PATRIMONIAL ILÍCITA

La finalidad que se persigue con el comiso de ganancias no es otra que la de eliminar el enriquecimiento patrimonial ilícito producido por una conducta antijurídica constitutiva de un ilícito penal doloso. La idea que sostiene este objetivo es la de que nadie puede disfrutar de una ganancia obtenida de forma ilícita.

Con esta medida se trata, por tanto, de que el patrimonio del autor o partícipe de una conducta antijurídica, o de terceros de mala fe, no se vea aumentado con ganancias que tienen su fundamento, que encuentran su principal razón de ser en un hecho antijurídico –delito o falta– doloso.

Como sostiene Puente ABA, “[e]l comiso de las ganancias provenientes del delito no es propiamente una medida de derecho penal, sino más bien de carácter civil, tendente a impedir el enriquecimiento injusto, pues no responde a la peligrosidad objetiva de tales beneficios, sino a la imposibilidad de consentir la adquisición y conservación ilícitas de un enriquecimiento patrimonial, conseguido a través de la comisión de un delito. En suma, su fundamento, como se ha dicho, se encuentra en el deseo de impedir un enriquecimiento injusto²⁷⁷”.

²⁷⁶ RAMÓN RIBAS, Eduardo. La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria. En: Estudios penales y criminológicos. Santiago de Compostela, Servicio de publicación, 2002. 544p.

²⁷⁷ PUENTE ABA, Luz (2003). La nueva regulación del comiso en el Proyecto de Ley Orgánica, de 5 de mayo de 2003, por el que se modifica el Código Penal. En: Actualidad Penal (39): 981-1008. p. 990.

La consecución de este objetivo puede llevar aparejados otros efectos que, aunque no son desdeñables, no deben incluirse a nuestro parecer dentro de los fines perseguidos por el comiso de ganancias. Con la eliminación del enriquecimiento patrimonial ilícito producido por la conducta antijurídica puede evitarse sin duda que la ganancia sea utilizada en el futuro para cometer otros delitos (función preventiva especial), y hasta puede transmitirse la idea a potenciales delincuentes de que el delito no es económicamente rentable (función preventiva general), pero son meros efectos secundarios o acompañantes, que de darse en el caso concreto son bien recibidos, pero que si no se dan, o mejor, la imposibilidad de alcanzarlos no cierra el paso –como sería obligado si se les reconoce el carácter de fines– a la aplicación del comiso de ganancias. En definitiva, los efectos preventivos del comiso de ganancias son ajenos a la esencia de este instituto jurídico, más allá que opere en lenguaje económico como una “externalidad positiva”.

Tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a partir de su jurisprudencia en los años 90 como el Tribunal Constitucional alemán han entendido que el decomiso de las ventajas patrimoniales procedentes del delito no persigue reprochar al acusado la realización del hecho antijurídico, sino que tiene como objetivo conseguir fines ordenadores del patrimonio y estabilizadores de la norma, a efectos de remediar una situación patrimonial ilícita consecuencia de la comisión de un delito que genera beneficios económicos y corregir la perturbación del ordenamiento jurídico que genera el incremento del patrimonio a través de la comisión de delitos²⁷⁸.

2. NORMA DE DERECHO PÚBLICO CONSTRUIDA DESDE EL DERECHO CIVIL

Para Gracia Martín, el comiso de ganancias “*se trata de una medida de Derecho civil tendente a impedir el enriquecimiento sin causa, más concretamente el enriquecimiento injusto. Dado el fundamento del comiso de las ganancias, para su aplicación debería bastar con la prueba de que el delito produjo determinados beneficios y que éstos representan para su destinatario un enriquecimiento sin causa, un provecho ilícito*”²⁷⁹.

Para la mayoría de los autores, el comiso de las ganancias provenientes del delito no es propiamente una medida de derecho penal, sino más bien de carácter civil, tendiente a impedir el enriquecimiento injusto, pues no responde a la peligrosidad objetiva de tales beneficios, sino a la imposibilidad de consentir la

²⁷⁸ Cfr. BLANCO, Isidoro. Comiso Ampliado y Presunción de Inocencia. En: PUENTE ABA *et ál.* Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración: Retos contemporáneos de la política criminal. Madrid, Comares, 2008.

²⁷⁹ GRACIA M., L. *op. cit.*, 401p.

adquisición y conservación ilícitas de un enriquecimiento patrimonial, conseguido a través de la comisión de un delito.

Existe, con todo, entre el enriquecimiento sin causa manejado en el Derecho civil y el comiso de ganancias una importante diferencia que contribuye a la no identificación de ambas figuras. En el enriquecimiento sin causa, la ventaja patrimonial recae finalmente en el particular que ha ejercitado la acción de enriquecimiento, mientras que en el comiso de ganancias el destinatario de éstas es el propio Estado, con independencia de que en ocasiones esté obligado a asignar el producto de lo decomisado a la satisfacción de las responsabilidades civiles del penado. Esta característica peculiar del comiso de ganancias - **que el destinatario de lo decomisado sea el Estado - hace que esta figura trascienda el ámbito privado, las relaciones entre particulares, y se convierta en una medida de carácter público.**

Gracia Martín sostendría así que las consecuencias accesorias del delito, y entre ellas el comiso, son consecuencias jurídicas del delito que no pertenecen, en rigor, al Derecho penal, sino más bien, se trata de *“medidas de carácter administrativo o de naturaleza civil, cuyo presupuesto es la peligrosidad objetiva de determinadas cosas materiales y que se orientan a prevenir la utilización de las mismas en el futuro para la comisión de nuevos delitos. Para su aplicación debería bastar con la previa realización de un hecho típico y antijurídico sirviéndose de tales objetos peligrosos y con el pronóstico de probabilidad de que pudieran ser utilizados en el futuro para la comisión de nuevos delitos, sin necesidad de que el autor del hecho previo fuera además culpable y sin necesidad asimismo de que los citados instrumentos, efectos o ganancias tuvieran que pertenecer forzosamente a aquél”*²⁸⁰.

Sin embargo, para autores como Mapelli Caffarena y Ramón Ribas, el comiso *“no puede tener una naturaleza civil ni administrativa, porque de ser así no encontraría justificación en que pudieran expropiarse los bienes a sus titulares por razones de prevención criminal”*²⁸¹. Ramón Ribas agrega que rechazando a propósito del comiso de ganancias, su consideración como consecuencia penal, éste podría acordarse incluso sin que existiera una infracción penal, (salvo consecuencia de una causa de justificación), como sucede con otras de las consecuencias del delito previstas en el Código Penal: la responsabilidad civil *“ex delicto”*²⁸². El argumento dado por Ribas es certero, pues precisamente lo que permitiría dejar de considerar al comiso de ganancias como consecuencia penal, implicaría que esta

²⁸⁰ Id., 394p.

²⁸¹ Vid. MAPELLI, B. *op. cit.*, 51p; RAMÓN R., E. *op. cit.*, 539p.

²⁸² RAMÓN R., E. *op. cit.*, 561p.

institución pueda ser aplicada en todos aquellos casos donde una actividad ilícita produce ganancias ilícitas.

3. SUPERACIÓN DE LIMITACIONES DE APLICACIÓN DEL COMISO DE GANANCIAS

Entender la naturaleza del comiso de ganancias como una intolerancia al enriquecimiento injusto permite no tener las limitaciones impuestas en la aplicación de una pena, es decir, el principio de culpabilidad, de personalidad de la pena y el de proporcionalidad en tanto sanción.

3.1. No se requiere sentencia penal condenatoria

Al no exigirse la imposición de una pena en sentencia para que pueda decretarse el comiso, se quiebra la vinculación del instituto con los principios de personalidad y accesoriedad, permitiendo que la medida pueda trascender los bienes directamente vinculados a la infracción objeto de enjuiciamiento y aún que cuando se evidencie una situación patrimonial ilícita, pueda ser adoptada aún cuando concorra una causa de exención o de extinción de la responsabilidad criminal²⁸³.

En cuanto a la necesidad de que exista un delito cometido por una persona física para poder imponer las medidas a la empresa o persona jurídica, puede atenderse a la propuesta de un sector doctrinal que no exige como presupuesto de las medidas la efectiva imposición de una pena a una persona física, sino sólo la existencia de un hecho típicamente antijurídico, por tanto, no se requiere un sujeto culpable.

En cualquier caso, hay que subrayar que son aplicables a estas medidas accesorias los principios constitucionales, materiales y procesales, a que debe someterse toda intervención del Estado privativa de derechos, entre los cuales cuenta el principio de proporcionalidad en sentido amplio (que incluye las exigencias de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto) y el conjunto de garantías de que debe rodearse todo proceso penal²⁸⁴.

Asimismo, el comiso de ganancias, por su finalidad de supresión de una situación patrimonial ilícita no precisa que el responsable criminal haya actuado culpablemente. Lo importante es que se verifique la situación patrimonial ilícita.

²⁸³ PÉREZ B., Ricardo. Determinación de la naturaleza jurídica del decomiso. Su incidencia sobre el alcance objetivo y subjetivo de la medida. Montevideo, Ministerio de Economía y Finanzas del Uruguay, 2011. 10p.

²⁸⁴ MIR, S. *op. cit.*, 6p.

3.2. Aplicación de comiso de ganancias a terceros

La cuestión acerca del principio de personalidad es fundamental, pues de lo contrario no podría aplicarse contra terceros. Esto sería un impedimento para enfrentar la criminalidad organizada, pues solo bastaría la transmisión de las riquezas a una persona jurídica para que no fueran decomisadas, como vimos al revisar las limitaciones del comiso de ganancias como pena.

El comiso al perder su carácter de pena, dejó de dirigirse contra la persona del condenado para dirigirse contra las ganancias, persiguiéndoles con independencia de quien sea su titular. Esto permitió una ampliación de su ámbito de aplicación, pudiendo aplicarse a terceros, salvo que se encuentren de buena fe, hayan adquirido las ganancias lícitamente y no sean responsables del delito²⁸⁵. Así, puede afectar a bienes cuya titularidad corresponde a terceros penalmente irresponsables, volviendo al comiso de ganancias como un instrumento de política criminal mucho más efectivo.

Ramón Ribas establece como condición para aplicar el comiso de ganancias a un tercero, que este posea ciertos conocimientos que generan un vínculo entre ellos y la infracción cometida²⁸⁶. Por otro lado, Cerezo Domínguez exige que el conocimiento sea directo, descartando el conocimiento eventual imprudente, es decir, que el tercero sepa que las ganancias fueron obtenidas ilícitamente²⁸⁷.

Para Gracia Martín “[l]a inexistencia de la buena fe se dará en el tercero cuando haya adquirido las ganancias con conocimiento de su origen delictivo o bien de un modo imprudente porque previó o podía haber previsto la posibilidad del origen delictivo, y entonces cabrá aplicar el comiso. En el primer caso, además, las ganancias ilícitamente obtenidas a sabiendas, se considerarán efectos del delito patrimonial o económico previamente cometido por otros y determinarán que el tercero adquirente doloso de tales ganancias sea autor del delito de receptación... Cuando no exista dolo ni negligencia estaremos ante un tercero de buena fe y no cabrá aplicar el comiso. Sin embargo, con ello no desaparece la situación de enriquecimiento sin causa”²⁸⁸. El mayor problema se da en los casos en que las ganancias presentan transformaciones, pues es complicado para el tercero determinar el origen de los bienes.

²⁸⁵ RAMON R., E. *op. cit.*, 531p.

²⁸⁶ Íd., 542p.

²⁸⁷ CEREZO D., Ana Isabel. Capítulo 33. Comiso. En: ORTIZ DE URBINA, Íñigo. Memento Experto. Reforma penal 2010. Ley Orgánica 5/2010. Santiago de Compostela, Ediciones Francis Lefebvre, 2010. 694p. *apud* VARGAS, P. *op. cit.*, 241p.

²⁸⁸ GRACIA MARTIN *et ál.* Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito. Valencia, Tirant lo Blanch, 1996. pp. 454-455.

Respecto a quien debe considerarse como tercero no responsable la doctrina es conteste en considerar a aquel que no tiene responsabilidad en el ámbito criminal. Ramón Ribas sostiene además, que debe incluirse a los sujetos penalmente irresponsables, sean personas jurídicas o naturales. No sólo considera como terceros a los desvinculados de la infracción, sino también quienes siendo autores y partícipes, fueron absueltos por ausencia de antijuridicidad, culpabilidad o punibilidad²⁸⁹.

En la aplicación del comiso de ganancias a terceros también será importante aplicar la doctrina del levantamiento del velo, la cual sirve para desenmascarar a entidades ficticias o reales, usadas para cubrir situaciones patrimoniales ilícitas²⁹⁰. Esta doctrina es una herramienta útil en aquellos casos en que existe una desproporción entre los ingresos legales y el patrimonio de los condenados por actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal.

El comiso de ganancias no busca sancionar al tercero, sino sólo busca cumplir su fin de restablecer la situación patrimonial ilícita, que tiene su fundamento en el principio de enriquecimiento injusto.

3.3. Su aplicación en conjunto a sanciones penales no vulnera el principio de *non bis in ídem*

En el caso de España, existe una discusión sobre la acumulación del comiso y de la multa proporcional. Parte de la doctrina considera que vulneraría el principio de “non bis in ídem”, sin embargo, estamos ante dos instituciones de naturaleza y fundamento distinto: la multa proporcional a la cuantía del delito, como pena que es, responde a los fines de prevención general y especial, mientras que el comiso de ganancias, se fundamenta en la prohibición del enriquecimiento injusto²⁹¹. Por estas características, se habla que el comiso de ganancias sería una medida cautelar previa a la sentencia condenatoria, siendo una regulación más propia del Derecho procesal penal que del Derecho Penal.

3.4. Presunción de inocencia e inversión de la carga de la prueba

La presunción de inocencia está íntimamente relacionada con la carga de la prueba, pues para aplicar una pena, la carga de la prueba recaerá sobre quien acusa, debiendo optarse por la absolución y no por la culpabilidad si no hay prueba de cargo que desvirtúe la presunción de inocencia.

²⁸⁹ RAMON R., E. *op. cit.*, 535p.

²⁹⁰ CHOCLÁN MONTALVO, El comiso y la confiscación: medidas contra las situaciones patrimoniales ilícitas. En: ZARAGOZA A., Javier. Estudios de Derecho Judicial (ejemplar dedicado a Prevención y represión del blanqueo de capitales). Madrid, Consejo General del Poder Judicial, N° 28, 2000. 368p. *apud* VARGAS, P. *op. cit.*, 250p.

²⁹¹ FARALDO, P. *op. cit.* 265p.

La inversión de la carga de la prueba ha encontrado gran acogida en la normativa internacional. Un primer intento en este sentido ha sido la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988 y ratificada por Chile y publicada en el Diario Oficial el 20 de agosto de 1990, la cual contiene disposiciones muy amplias sobre el comiso. En su artículo 5.7 permite a los Estados la inversión de la carga de la prueba respecto del origen de los productos o bienes vinculado al tráfico de drogas a efectos de su comiso.

En ese mismo sentido, el Convenio de Naciones Unidas sobre crimen organizado de 2001, en su artículo 12.7, y el Convenio de Naciones Unidas contra la corrupción en su artículo 31.8 recomiendan la posibilidad de exigir al delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito u otros bienes expuestos a decomiso, siempre que tal práctica sea conforme a los principios del Derecho interno.

Esta medida de inversión de carga de la prueba ha sido criticada por entrar en conflicto con el principio de *presunción de inocencia*. Sin embargo, en el derecho comparado y especialmente, en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante) se ha determinado que el comiso ampliado no constituiría una vulneración al principio de inocencia. Incluso se permite que el comiso alcance a todos los bienes que se encuentren bajo el poder de disposición de hecho de la organización criminal y procedentes de su actividad criminal, sin que sea necesario probar que tienen su origen en un delito determinado, e incluso a todos aquellos respecto de los que el condenado no pueda probar su origen ilícito²⁹².

Así, en el caso de la legislación italiana antimafia, en los asuntos *Marandino*, *Raimondo* y *Prisco* el TEDH consideró que el comiso preventivo, que se decreta por el juez a resultas del proceso de aplicación de una medida preventiva, no violaría el principio de proporcionalidad, pues al ser sólo medida preventiva y no una sanción penal, no presupone la imputabilidad ni la culpabilidad de la persona a quien se impone. El TEDH admitió que el comiso antimafia se basa en la presunción de que los bienes de la persona acusada de pertenecer a una asociación criminal constituyen el beneficio de actividades ilícitas o de su reutilización, pudiendo rebatir dicha presunción aportando prueba en contrario²⁹³.

²⁹² BLANCO, I. *op. cit.*, 73p.

²⁹³ *Cour Européenne des Droits de l'Homme, Saveria Donato Prisco contra l'Italie*, 15 de abril de 1999, núm. 38662/97; *Cour Européenne des Droits de l'Homme, Raimondo contre l'Italie*, 22 de febrero de 1994, núm. 12954/87; *Cour Européenne des Droits de l'Homme, M. contra l'Italie*, 15 de abril de 1991, núm. 12386/86. Citados por BLANCO, I. *op. cit.* 75p.

4. CONCLUSIONES.

El comiso de ganancias, al no ser considerado como una pena, “permite su aplicación tanto al sujeto que habiendo realizado una acción típica y antijurídica es declarado exento de responsabilidad criminal por ausencia de culpabilidad, como a quien se le aplique una causa de levantamiento o exclusión de la pena, pasando por los terceros no responsables penalmente por el delito cometido”²⁹⁴.

Asimismo, el comiso de ganancias al tener su fundamento en el principio de intolerancia al enriquecimiento injusto permitiría cumplir eficaz y efectivamente con su finalidad de restablecer la situación patrimonial ilícita. Esta postura ha sido adoptada por el derecho comparado, destacando el caso alemán y el español, donde el comiso de ganancias es un arma efectiva en contra de la delincuencia económica y la criminalidad organizada.

Finalmente, reconocer el principio de intolerancia al enriquecimiento injusto como el fundamento del comiso de ganancias permite su configuración moderna, donde no sólo se restringe su aplicación a las ganancias ilícitas obtenidas directamente, sino también a aquellos bienes que hayan sido adquiridos con las ganancias ilícitas, aquellos por los cuales se han sustituido las ganancias ilícitas o aquellas transformaciones que pudiesen haber sufrido.

En esta línea, considerar su naturaleza jurídica como una institución *sui generis* pareciera ser la postura más adecuada, para evitar las confusiones que ha presentado en el derecho comparado el considerarlo como consecuencias accesorias – figura que por cierto no existe en nuestro Código Penal – y evita las limitaciones propias de la aplicación de una pena o de una medida de seguridad.

²⁹⁴ FARALDO, P. *op. cit.*, 4p.

III. CONFIGURACIÓN MODERNA DE LA FIGURA DEL COMISO

En los últimos años, el comiso ha demostrado ser una de las sanciones más eficaces contra la delincuencia proveniente de organizaciones criminales. Sin embargo, la configuración clásica del comiso plantea dificultades en su aplicación práctica, sobre todo de carácter probatorio y en aquellos casos que las ganancias pudiesen haber presentado una mutación, haber sido reemplazadas por otros bienes o inclusive, desaparecido del patrimonio del penalmente responsable.

Por eso, se está dando a esta consecuencia de delito una configuración más moderna, que pretende facilitar la prueba del origen delictivo de los bienes²⁹⁵ y que pueda extenderse su aplicación a otros bienes equivalentes, incluyendo a las transformaciones que pudiesen haber sufrido las ganancias ilícitas y a las ganancias que se hubiesen obtenido a partir de ellas.

1. COMISO AMPLIADO

El prototipo de esta configuración más moderna es el denominado comiso ampliado (denominado *confisca allargata* en el derecho italiano, *extended forfeiture* en el derecho anglosajón y *erweterte Verfall* en el derecho alemán), encontrando esta tendencia su origen en la normativa internacional, como lo es la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988.

El comiso ampliado es la privación de las ganancias, su valor equivalente o sustitutivo a pesar de la inexistencia de una declaración judicial de responsabilidad penal en contra de alguna persona, ya sea porque el sujeto está exento de la misma o porque ella se ha extinguido.

Esta modalidad se encuentra prevista de diversas maneras en las distintas legislaciones que la han adoptado, por lo cual hay un tratamiento diferenciado de esta clase de comiso, en la medida en que en unos casos su procedencia se da de manera general, mientras que en otros está condicionada a unos presupuestos que restringen su aplicación.

En relación con la delincuencia organizada internacional inclusive se obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para que se pueda proceder en tales casos al decomiso de bienes que

²⁹⁵ BLANCO, I. *op. cit.*, 70p.

provengan de la misma clase de actividades delictivas o similares desarrolladas por la persona condenada durante un periodo anterior a la condena o se tenga constancia de que el valor de la propiedad es desproporcionado con respecto a los ingresos legales de la persona condenada y los bienes provenientes de su actividad delictiva²⁹⁶.

Asimismo, podemos encontrar esta figura en diversas legislaciones europeas que han sido analizadas por Isidoro Blanco. La primera legislación revisada es la de Portugal. Este país, en la *Lei Nº 5/2002 de 11 de janeiro*, que establece medidas de combate a la criminalidad organizada y económico-financiera, regula el comiso en el marco del crimen organizado y de los delitos económicos. De acuerdo con lo previsto en el artículo 7, en caso de condena por un delito de los previstos en la ley, a efectos del comiso se presume que constituyen ganancias de la actividad criminal la diferencia entre el valor del patrimonio del sujeto y aquél que es congruente con su renta lícita. A efectos de la determinación del patrimonio del imputado, se considera que este está integrado por: los bienes de los que sea titular o tenga el dominio y el beneficio al ser declarado imputado o posteriormente; los bienes transferidos a terceros a título gratuito o mediante contraprestación insignificante en los 5 años anteriores a la imputación; y los bienes recibidos en los 5 años anteriores a la imputación. De todas formas, el artículo 9 de la Ley ofrece la posibilidad de acreditar el origen lícito del patrimonio, desvirtuando así la presunción mencionada²⁹⁷.

El segundo caso es el de Italia. Este país tiene una legislación prolija en materia de comiso, teniendo su origen como medida para combatir la mafia. Existen dos tipos de comiso: la *confiscación preventiva* y la *confiscación penal*. La de mayor interés para la presente Memoria es la *confiscación preventiva*, prevista en la Ley de 31 de mayo de 1965, número 575, que se decreta por el juez a resultas de un proceso de aplicación de una medida preventiva. Tanto el Tribunal Supremo Italiano como su Tribunal Constitucional consideran esta medida constitucional y que no contraviene al principio de presunción de inocencia. Asimismo, el TEDH ha recogido los argumentos del Gobierno italiano, reconociendo que la confiscación antimafia es una medida preventiva, y no una sanción penal, por tanto, no le sería aplicable la presunción de inocencia al comiso, porque la aplicación de una medida preventiva no presupone la imputabilidad y culpabilidad de la persona a la que se impone²⁹⁸.

El TEDH admite que el comiso antimafia se basa en la presunción de que los bienes de la persona acusada de pertenecer a una asociación criminal constituyen el beneficio de actividades ilícitas o de su

²⁹⁶ RESTREPO, M. *op. cit.*, 89-90pp.

²⁹⁷ BLANCO, I. *op. cit.*, 74p.

²⁹⁸ Así, por ejemplo, Cour Européene des Droits de l'Homme, Guzzardi c. Italie, 6 noviembre 1980, Nº 7367/76, §100 *apud* BLANCO, I., *op. cit.*, 76p.

reutilización; pero considera tal presunción compatible con la presunción de inocencia y con el principio de culpabilidad, porque *las presunciones de hecho o legales están presentes en muchos Estados y no son en principio contrarias al Convenio*²⁹⁹. Lo importante para el TEDH es dar la posibilidad al sujeto de rebatir la presunción de culpabilidad aportando prueba en contrario.

El tercer país a analizar es el Reino Unido, en el cual destaca el caso *Welch c. Royaume-Uni*³⁰⁰. En este caso los Tribunales del Reino Unido aplican el comiso de las ganancias ilícitamente obtenidas (*confiscation order*) mediante el tráfico de drogas aplicando la *Drug Trafficking Offences Act*, cuya entrada en vigencia fue posterior a la comisión de los ilícitos perpetrados por el Sr. Walsh. Su defensa ante la Comisión Europea de Derechos Humanos invocó el artículo 7 de la CEDH, que dispone que “...no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida”, es decir, establece la irretroactividad de las leyes que agraven la pena del imputado. Por tanto, la disputa se centró en establecer si el comiso se trata de una pena o no.

La Comisión Europea de Derechos Humanos consideró que pese a la gravedad del comiso, no sería una pena, sino una medida reparadora y preventiva. En cambio, el TEDH consideró que el comiso constituye una pena, no por su gravedad, sino por el elemento represivo que inspiraría la legislación antidrogas del Reino Unido.

Este criterio del TEDH cambia con los casos *Phillips*³⁰¹ y *Butler*³⁰², en los cuales considera que el comiso de las ganancias establecido en la *Drug Trafficking Act* (1994) no sería una pena, sino que sólo formaría parte del procedimiento dirigido a establecer la sanción que sigue a la condena. La inversión de la carga de la prueba no sería una infracción al principio de presunción de inocencia, pues el procedimiento del comiso no persigue la condena o la absolución del culpable por los delitos cometidos, sino que su objetivo es permitir al Tribunal la fijación de la cuantía a decomisar³⁰³. Este criterio se amplía en el caso *Butler*, el cual inclusive permite que no se exija prueba directa, sino bastaría con pruebas indirectas o indiciarias. Es importante recalcar que a juicio del TEDH el procedimiento para decretar el comiso no pretende la condena o la absolución del demandante por otro delito relacionado con las drogas.

²⁹⁹ El TEDH valora el procedimiento de aplicación del comiso, que considera garantiza la contradicción ante tres instancias jurisdiccionales: el Tribunal competente, el Tribunal de apelación y el Tribunal de Casación.

³⁰⁰ European Commission of Human Rights, *Peter Welch against the United Kingdom*, 15 octubre 1993, núm. 17440/90 *apud* BLANCO, I. *op. cit.*, 78p.

³⁰¹ European Commission of Human Rights, *Phillips against the United Kingdom*, 12 diciembre 2001, núm. 41087/98, § 32-34 *apud* BLANCO, I. *op. cit.*, 81p.

³⁰² European Commission of Human Rights, *Butler against the United Kingdom*, 26 junio 2002, núm. 41661/98 *apud* BLANCO, I. *loc. cit.*

³⁰³ BLANCO, I. *loc. cit.*

El otro país analizado es Holanda. Este país tiene una Ley sobre sanciones patrimoniales³⁰⁴ del año 1983, la cual establece la posibilidad de privar a una persona de los productos del delito. En 1992, se extendió la aplicación de la ley mencionada, permitiendo la privación de las ganancias ilegalmente obtenidas. Esta modificación creó un procedimiento autónomo, desconectando el procedimiento dirigido a la privación de las ganancias ilegalmente obtenidas de los procedimientos penales sustantivos, con el objetivo de evitar que las cuestiones relativas a la determinación de las ganancias ilícitas demorasen a los procedimientos penales sustantivos³⁰⁵.

Este procedimiento específico no pretende formular una acusación penal o la imposición de una pena criminal, sino pretende detectar los ingresos ilegalmente obtenidos para determinar el valor pecuniario de los mismos y, por medio de una orden judicial de comiso, privar al beneficiario de éstos productos. Por tanto, el objetivo del comiso sería remediar una situación patrimonial ilegal y generar un efecto preventivo-general haciendo el delito poco atractivo por razón del riesgo de que las ganancias ilícitas sean decomisadas.

El TEDH en el asunto *Harry Van Offeren v. the Netherlands* de 5 de julio de 2005, consideró que este procedimiento específico de comiso no infringiría el principio de presunción de inocencia. Aun cuando es un procedimiento separado permanece conectado directamente a los procedimientos penales sustantivos, pues sólo una condena penal puede accionar un procedimiento dirigido a decretar el comiso. Por tanto, el TEDH considera que este procedimiento separado se debe considerar como parte del proceso de fijación de la pena de acuerdo con la ley nacional.

Otro caso analizado es el de España. Los requisitos de aplicación del comiso ampliado en el derecho español son los siguientes: (i) que se trate de ganancias procedentes de una actividad delictiva cometida en el marco de una organización criminal; (ii) la presunción del origen delictivo del patrimonio cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos legales de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de una organización criminal (debe tratarse de persona condenada)³⁰⁶.

³⁰⁴ La revisión de la legislación holandesa sobre el comiso fue extraído por el autor Isidoro Blanco a partir de la sentencia del caso *Geerings v. The Netherlands*, Cour Européene des Droits de l'Homme, 1 de marzo de 2007, núm. 30810/03.

³⁰⁵ BLANCO, I. *op. cit.*, 88p.

³⁰⁶ BLANCO, I. *op. cit.*, 101p.

Finalmente, Isidoro Blanco analiza el caso de Alemania. En este país destaca el Auto del Tribunal Constitucional Alemán³⁰⁷ de 14 de enero de 2004 sobre la constitucionalidad del comiso ampliado del StGB (Strafgesetzbuch). El TC considera que el comiso de las ventajas patrimoniales procedentes del delito no persigue reprochar al acusado la realización del hecho antijurídico, sino que tiene como objetivo conseguir fines ordenadores del patrimonio y estabilizadores de la norma (§60)³⁰⁸.

El comiso ampliado **no tiene los mismos fines que la pena criminal**, sino que pretende remediar una situación patrimonial ilícita consecuencia de la comisión de un delito que genera beneficios económicos. El fin del comiso es corregir la perturbación del ordenamiento jurídico que genera el incremento del patrimonio a través de la comisión de delitos. No pretende desaprobar ni castigar un comportamiento antijurídico, sino impedir que persista en el futuro una perturbación del ordenamiento jurídico producida en el pasado.

También tiene como externalidad una función preventivo general, pues permite reducir el incentivo a la comisión de delitos que supone la obtención de ganancias. Complementa así la función de la pena, cuya eficacia resultaría cuestionada si pese a su imposición las ganancias del hecho se mantuvieran en manos del delincuente. Privando a los delincuentes de sus ganancias se les envía un mensaje (también a toda la sociedad) en el sentido de que el enriquecimiento penalmente ilícito no es tolerable y que el delito no es una actividad lucrativa.

El TC alemán concluye que el comiso ampliado del §73d StGB es compatible con la presunción de inocencia (§82 y ss.). Este precepto prevé el comiso de los bienes que el acusado ha obtenido de hechos antijurídicos, pero no necesariamente culpables. La imposición del comiso ampliado no presupone la declaración de culpabilidad. No está conectado por la ley a una declaración judicial de culpabilidad, ni constituye una consecuencia jurídica penal. La presunción de inocencia no se opone a una orden de comiso ampliado sin prueba legal de la culpabilidad (§85).

Por último, el TC alemán hace una extensa exposición de la justificación por la que cree que el comiso ampliado no menoscaba el derecho de propiedad (§86 y ss.)³⁰⁹.

³⁰⁷ Bundesverfassungsgericht – 2BvR 564/95 apud BLANCO, I. *loc. cit.*

³⁰⁸ BLANCO, I. *op. cit.*, 93p.

³⁰⁹ *Id.* 94p.

2. COMISO SUSTITUTIVO O DE REEMPLAZO

El comiso sustitutivo, de reemplazo o de segundo grado es aquel que recae sobre un objeto que ha sustituido a las ganancias ilícitas, a diferencia del comiso propio o de primer grado, que recae de forma inmediata en la ganancia obtenida ilícitamente.

Un ejemplo de comiso en segundo grado sería el comiso de un inmueble que el autor adquirió con las ganancias del delito. Esta consideración es razonable y esencial, de lo contrario se burlaría fácilmente, por ejemplo, mediante una simple permuta del objeto. El comiso de las ganancias en segundo grado se debe admitir siempre, de lo contrario no se garantizaría la supresión de la ventaja patrimonial asociada con la infracción.

La redacción que ha adoptado esta figura en ordenamientos jurídicos, como el español, es el comiso de las ganancias “cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar”.

3. COMISO POR VALOR EQUIVALENTE.

El comiso por valor equivalente se caracteriza por no poder establecerse una relación entre los bienes y ganancias obtenidas y el delito, pero se permite en aras de evitar la burla de la administración de justicia al responsable que logra dar una apariencia de legalidad a bienes o ganancias que tienen una procedencia ilícita³¹⁰. Esta figura cobra importancia en aquellos casos en que es imposible realizar el comiso, por ejemplo, en casos de transmisión de las ganancias a un tercero de buena fe que lo adquirió legalmente o ante la ocultación o consumo de las ganancias.

Para Aguado, el comiso de valor equivalente ofrece una serie de ventajas, al permitir dar una respuesta adecuada a los supuestos en que por cualquier motivo no es posible que lo obtenido siga a disposición del sujeto, permitiendo decretar la medida dejando a salvo los derechos de los terceros de buena fe y evita que el sujeto que no conserva el objeto del comiso reciba un mejor trato que aquel que sí lo conserva³¹¹.

³¹⁰ RESTREPO, M. *op. cit.*, 87p.

³¹¹ AGUADO, Teresa. 2003. La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código penal. [en línea] Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Universidad de Sevilla, disponible en: <<http://criminnet.ugr.es/recpc/05/recpc05-04.pdf>> [consulta: 10 abril 2016].

³¹² Cfr. ANANÍAS, I. «El comiso de ganancias», *op. cit.*

En estos casos las ganancias que se deben y no pueden ser decomisadas, deben ser sustituidos por otros bienes o dinero de los responsables que tengan igual valor.

IV. TRATAMIENTO DEL COMISO DE GANANCIAS EN LA LEGISLACIÓN ACTUAL CHILENA Y EN LAS PROPUESTAS DE ANTEPROYECTOS DE CÓDIGO PENAL

1. EL COMISO DE GANANCIAS COMO PENA EN EL DERECHO CHILENO

En el Título III “De las penas” del Código Penal, en el párrafo 2 “De la clasificación de las penas”, en su artículo 21 establece que:

Las penas que pueden imponerse con arreglo a este Código y sus diferentes clases, son las que comprende la siguiente:

Penas comunes a las tres clases anteriores. Pérdida o comiso de los instrumentos o efectos del delito.

Asimismo, como habíamos revisado anteriormente, el artículo 31 del Código Penal establece que “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”.

Es indudable, a partir de las disposiciones anteriores, que nuestro ordenamiento jurídico considera que la naturaleza jurídica del comiso de ganancias es la de una pena, pues en el mejor de los casos se considera la existencia de esta medida a partir del comiso de efectos regulado en el artículo 31 del cuerpo normativo ya citado. Asimismo, la doctrina no ha cuestionado dicha regulación, con la excepción de Ignacio Ananías - quien sostiene siguiendo a Gracia Martín - que el fundamento del comiso de ganancias sería el principio de enriquecimiento injusto³¹².

Esta aplicación, en nuestra legislación nacional, genera principalmente problemas al aplicar el comiso de ganancias a personas jurídicas, pues casi siempre resulta éstas resultan ser un tercero respecto al responsable delito. Asimismo, que se trate como una pena accesoria significa que sólo se puede imponer junto con la condena a una pena principal, lo cual resulta problemático en aquellos casos que no existe

³¹² Cfr. ANANÍAS, I. «El comiso de ganancias», *op. cit.*

condena por sobreseimiento definitivo por extinción de la responsabilidad penal o porque el responsable del delito se encuentra exento de responsabilidad.

Lo anterior ha quedado en evidencia en la jurisprudencia chilena, a partir de casos en los cuales se vislumbran las dificultades de la aplicación de un comiso de ganancias no regulado como norma general y la ineficacia de su aplicación en casos de alto impacto público relacionados con delitos económicos.

2. JURISPRUDENCIA CHILENA RELACIONADA CON EL COMISO DE GANANCIAS

La discusión sobre la naturaleza jurídica del comiso de ganancias deja dos problemáticas en evidencia: (i) la imposibilidad de su aplicación en delitos económicos de alto impacto público por la falta de regulación como sucedió en el Caso Schwager, primer caso en el cual se obtienen condenas por delitos relacionados con el mercado de valores, donde ni siquiera se planteó la discusión sobre la aplicación de un comiso de ganancias; (ii) las dificultades de su aplicación al ser tratado el comiso de las ganancias como una pena accesoria y pecuniaria regulada a partir del comiso de efectos, como sucedió en el Caso Riggs, donde se levantaron cuestionamientos de la doctrina por la aplicación del comiso de ganancias a pesar de la muerte de uno de los responsables – el ex Dictador Augusto Pinochet Ugarte - beneficiado por la comisión del delito de malversación de fondos públicos. A diferencia del Caso Riggs, en el Caso Inverlink ni siquiera se plantearía la discusión sobre el comiso de ganancias en uno de las aristas penales de este, luego de la muerte del mayor implicado en el caso, Eduardo Monasterio.

La falta de una normativa general sobre el comiso de ganancias que sea aplicable también a casos propios del derecho administrativo sancionador, principalmente, a aquellos casos en que infringen la normativa de libre competencia, ha quedado en evidencia en el “Caso Pollos” y el “Caso Farmacias”, donde las cuantiosas ganancias obtenidas ilícitamente han superado con creces a las multas que han tenido que pagar las empresas implicadas en los delitos³¹³.

En esta sección analizaremos tres casos emblemáticos en materia penal: el Caso Schwager, el Caso Inverlink y el Caso Riggs.

³¹³ Vid. WINTER, G. *op. cit.* En este artículo el profesor analiza la impunidad penal en casos de atentados a la libre competencia, como el caso de colusión de las farmacias.

2.1. El Caso “Schwager”

Schwager S.A. era una empresa con giro de venta de carbón y secado de madera que no había tenido resultados exitosos los últimos años. Debido a las pérdidas tributarias que aparecían en sus estados financieros, Jacobo Kravetz decidió comprarla para aprovecharse de los beneficios tributarios que permite la legislación tributaria chilena, transformándose en Presidente del directorio y Gerente General de la Compañía. Con fecha 22 de junio de 2005, fue informada a la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS, en adelante) que Jacobo Kravetz, a través de la empresa K.S.A., de la cual aquél era accionista mayoritario, compra un total de 300 millones de acciones a Schwager S.A., las cuales adquirió a razón de \$8 cada una. Sin embargo, las acciones no fueron compradas al contado como es habitual en este tipo de operaciones, sino que quedaron en prenda y nunca se pagaron, siendo resciliado el pago entre febrero y marzo de 2006.

Kravetz decide dar un giro radical en el negocio, cambiando el objeto de Schwager S.A. al negocio de los bonos de carbono. En agosto de 2014 plantea como imán para los inversionistas, el desarrollo de un aditivo para combustibles derivados del petróleo llamado *Chiss* – Chilean Súper Staff –, que serviría para aumentar el rendimiento de combustible en los motores, reduciendo la emisión de particulares contaminantes que produce los motores diésel. Este producto se distribuiría y comercializaría con empresas del rubro y prometía cuantiosas ganancias. Asimismo, Kravetz anunció que la empresa estaría negociando un acuerdo con la Empresa Nacional del Petróleo (ENAP), para venderle el *chiss*. Este Memorando de Acuerdo entre ENAP y Schwager se presentó como hecho esencial ante la SVS el 29 de junio de 2005. Lo que omitiría Kravetz, es que dicho Memorando estaba sujeto a la efectividad del *chiss*.

El 12 de agosto del mismo año el Memorando se deshizo unilateralmente por Kravetz. Sin embargo, este hecho esencial sólo sería comunicado por Schwager el 8 de noviembre - ante el requerimiento de la SVS - que suspendió las transacciones de las acciones de Schwager en el mercado de valores. Las acciones durante este lapso de tiempo incrementaron su precio en un 146% y los volúmenes transados en aproximadamente un 500%. El *peak* del precio de la acción se registró en \$25.29, siendo que en el periodo anterior al Memorándum con ENAP se había transado a un promedio de \$9.15.

La SVS se querelló en contra de Schwager por haber entregado información no fidedigna al mercado sobre la compañía. La SVS por Resolución N° 247 de 9 de junio de 2006, aplicó una multa de 15.000 Unidades de Fomento (UF) a Jacobo Kravetz, por estimarlo responsable de infracciones a los artículos 42 N° 4 y 44 de la Ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas y del artículo 165 de la Ley N° 18.045

sobre Mercado de Valores. Kravetz en el intertanto de omisión de este hecho esencial, vendió 37.959.250 acciones de Schwager S.A. a un precio promedio de \$18,2 con una recaudación de \$691.155.600 entre el 16 de agosto y el 3 de noviembre de 2005, época en la cual el mercado no conocía de la terminación del Memorándum entre ENAP y Schwager. Durante este mismo periodo, Schwager S.A., siendo Gerente General Jacobo Kravetz, vende 35.822.269 acciones de primera emisión de la empresa por un monto total de \$711.482.145. Esto constituía el delito de uso de información privilegiada y ocultamiento de información a los accionistas. El 30 de diciembre las acciones sólo se cotizaban en 6,24 pesos, lo cual demuestra que el aumento de precio de las acciones y volúmenes de transacciones efectuadas de las acciones de Schwager se debió al hecho esencial del Memorándum con ENAP. La Corte Suprema, mediante sentencia Rol N° 7578-2009 de fecha 11 de noviembre de 2011, ratifica la resolución de la SVS, rechazando el recurso de casación interpuesto en contra de la resolución.

En materia penal, en cambio, el 4° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, en sentencia definitiva dictada con fecha 19 de octubre de 2010³¹⁴, declaró culpable a Jacobo Kravetz por los delitos de uso de información privilegiado y manipulación bursátil, siendo la primera sentencia condenatoria pronunciada en un juicio oral realizado en el marco del actual sistema procesal penal por los delitos contemplados en la Ley de Mercado de Valores mencionados. Estos delitos se habrían cometido por Kravetz en su calidad de Gerente General de Schwager S.A., al haber desplegado una serie de actos destinados a manipular el valor de la acción de la empresa, mediante la entrega al mercado de información tendenciosa y falsa acerca de los negocios de la misma, y utilizó por otro, en beneficio propio y de la empresa, información de carácter privilegiada que únicamente él conocía, obteniendo así ingresos que superaron los 1.300 millones de pesos³¹⁵.

Este es un caso evidente, reconocido por el 4° TOP de Santiago, en que se *produjo un empobrecimiento de los inversores a costa de una ganancia injusta del insider (en este caso Kravetz)*. La sentencia penal fue de 61 días por el delito de uso de información privilegiada y 541 días por el delito de manipulación bursátil, ambos de pena remitida debido a los beneficios carcelarios por el *quantum* de la pena.

Lo insólito de este caso, es que a pesar de la condena del imputado por dos delitos económicos por infracción a la Ley de Mercado de Valores, no se afectó la ganancia ilícita obtenida por Jacobo Kravetz,

³¹⁴ 4° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, Ratificado por la Excma. Corte Suprema, que con fecha 23 de diciembre de 2010 remitió el recurso de nulidad a la I. Corte de Apelaciones de Santiago para su conocimiento y fallo, tribunal que en definitiva declaró abandonado el recurso con fecha 29 de marzo de 2011, al no haber comparecido a su vista el abogado recurrente.

³¹⁵ ROSENBLUT, Verónica. El denominado caso “Schwager”: Análisis de histórica condena por uso de información privilegiada y manipulación bursátil. Revista Jurídica del Ministerio Público (46): 185-212. 201p.

a pesar de que estas fueron el principal motivo de los delitos. Sólo la sanción de la SVS, propia del derecho administrativo sancionador, impuso una multa de 15.000 UF -equivalentes a la fecha de la resolución de la sanción a \$271.890.000 – lo cual sólo representa un 21% aprox. de las ganancias ilícitas obtenidas por Kravetz. La discusión sobre la aplicación del comiso de ganancias ni siquiera estuvo presente en las sentencias ni en sede administrativa sancionadora ni en sede penal.

2.2. El Caso “Inverlink”

Este caso es uno de los escándalos financieros más graves de la historia reciente. Están implicados más de 20 imputados y más de 25 demandas civiles. Asimismo, la investigación tiene aristas civiles, penales, tributarias y administrativas.

El caso detonó una querrela de CORFO por cohecho y violación de delitos informáticos, ante la interceptación de correos electrónicos del Presidente del Banco Central para ese entonces, Carlos Massad, por su secretaria, Pamela Andrada, quien se los enviaba a Enzo Bertinelli, gerente general de Inverlink. Esto develó el *modus operandi* utilizado por la corredora de bolsas Inverlink – que en los años 90 se rechazó su solicitud para ser banco -, lo cual se transformó en una fuente inagotable de datos para la prensa a finales de enero de 2003. Un imperio de corrupción caería por un error de tipeo, pues Massad notaría la filtración por el “rebote” de un correo electrónico que escribió mal su secretaria desde su cuenta de correo electrónico.

Inverlink era un holding con varias empresas asociadas a fondos de inversión que había surgido en los años noventa. Su crecimiento exponencial le produjo falta de liquidez para cubrir las necesidades de sus inversionistas. Para solucionar los problemas de liquidez, su Gerente general, Eduardo Monasterio, contactó a un ejecutivo de CORFO, quien le facilitó ilegalmente documentos por más de \$48.000 millones, los que fueron vendidos a través de dos corredoras de bolsa de los Bancos Scotiabank y BBVA. El fraude de Inverlink provocó pérdidas directas a los afectados por más de \$110.000 millones³¹⁶. Sólo CORFO sufriría pérdidas por cerca de \$84 mil millones entre la sustracción de papeles y las operaciones triangulares de las corredoras de bolsas, las cuales ayudaban a liquidar los papeles financieros sustraídos a CORFO y dotaban de aparente legalidad dichas operaciones fraudulentas.

³¹⁶ GARIN, Renato. 2013. El caso Inverlink: Diez Años. [en línea] El Mercurio Legal en Internet. 21 de marzo de 2013. <http://www.academia.edu/3074504/El_caso_Inverlink_Diez_A%C3%B1os> [consulta: 25 abril 2016]

La triangulación consistía en que Javier Moya, funcionario de CORFO, robaba documentos correspondientes a depósitos a plazos, que eran guardados en bodegas de seguridad de la institución, para luego entregarlos a Inverlink, que los utilizaba como garantía para demostrar su solvencia y así solicitar nuevos préstamos. Terminada la operación, Inverlink devolvía los papeles a Moya antes de que CORFO se diera cuenta de la operación.

La primera arista y más importante es la de “CORFO - Inverlink”. Esta arista tendría una sub-arista denominada “cuaderno de triangulaciones bancarias”, la cual terminó con sentencia de rechazo del recurso de casación presentado ante la Corte Suprema³¹⁷ por la defensa de los condenados en sentencia dictada por la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, que revocó en diciembre de 2014 la sentencia dictada por el ministro en visita Patricio Villarroel quien había absuelto a ocho procesados. En la resolución, el tribunal de alzada dictó penas de 800 días de presidio para Javier Moya; y de 541 días para Eduardo Monasterio, Eduardo Marcos Dominguín Tapia Donoso, Luis Alberto Hernández Palma, Lawrence Fernando Fletcher Vera, Juan Pablo Prieto Viviani, Gino Andrés Tirapegui Palomino y Frank Williams Leighton Castellón, como autores del delito previsto en el inciso 2º del artículo 53 de la ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores.

En el aspecto civil de esta sub-arista, se acogió la demanda presentada por CORFO y se determinó que los condenados deben pagar solidariamente la suma de \$26.462.295.646, por concepto de daño emergente; indemnización que también debe pagar BBVA Corredora de Bolsa Limitada como tercero civilmente responsable, por la responsabilidad derivada de la conducta de sus funcionarios Juan Pablo Prieto Viviani y Frank Williams Leighton Castellón.

En cuanto a la arista más importante que involucra a CORFO, el ministro en visita de la Corte de Apelaciones de Santiago, Carlos Gajardo, dictó sentencia en contra de trece imputados por los delitos reiterados de malversación de caudales públicos, estafa e infracción a la Ley General de Bancos, en el caso Inverlink. El ministro en visita estableció penas que iban desde los 5 años y un día de presidio por el delito de malversación de caudales públicos a penas de 541 días de prisión por infracción a la Ley General de Bancos.

En el aspecto civil, se acogió la demanda de CORFO ordenando a los condenados Javier Moya Cucurella, Enzo Bertinelli Villagra, Eduardo Tapia Donoso, Orlando Collarte López, Luis Hernández Palma a pagar

³¹⁷ Corte Suprema de Chile, Rol N° 1964-2015, de fecha 11 de agosto de 2015.

\$ 61.372.931.929. Así también, se acogió demanda presentada por 34 víctimas en contra de Ignacio Wulf Hitschfeld, Enzo Bertinello Villagra, Francisco Edwards Braun, Pablo Schaffhauser Muñoz, Eduardo Tapia Donoso, Orlando Collare López, Carlos Rubilar Muñoz y Patricio Reyes Rojas, quienes deberían pagar \$8.545.004.822 a las víctimas. Esta decisión fue ratificada por la Corte Suprema³¹⁸ tras rechazar los recursos de casación presentados en contra de la sentencia dictada por el ministro en visita Carlos Gajardo.

Eduardo Monasterio moriría en febrero de 2015, antes de que estuviese ejecutoriada la sentencia de la sub-arista “triangulaciones bancarias” y antes de que se dictara sentencia en la arista “CORFO-Inverlink”, por lo cual, en virtud del artículo 93 del Código Penal, se extingue su responsabilidad.

La vía de recuperación de activos por parte de la CORFO fue mediante el artículo 2316 del Código Civil, el cual se interpretaría como una acción de carácter reparatoria. Sin embargo, no se lograría un tratamiento efectivo de las ganancias ilícitas, que superarían con creces los perjuicios producidos a CORFO. Una regulación del comiso de ganancias a partir de su fundamento en la intolerancia al enriquecimiento injusto habría sido un arma efectiva para evitar el enriquecimiento de Eduardo Monasterio, asimismo de haberse contado con una regulación efectiva, podría haber aplicado inclusive a pesar de la muerte de Monasterio antes de tener una sentencia condenatoria ejecutoriada.

Las otras aristas del caso resultan menos interesantes para la discusión sobre el comiso de ganancias. La segunda arista es del “Banco Central – Inverlink”. Distintos involucrados en esta arista fueron condenados por delitos de cohecho, delitos contra el mercado de valores (información privilegiada) y por delitos informáticos, lo que quedó firme con la sentencia de la Corte Suprema³¹⁹ rechazando la casación y, por tanto, ratificando la sentencia de la Corte Apelaciones de Santiago³²⁰. Paola Andrada, secretaria del Presidente del Banco Central, se la condena en primera instancia por cohecho del artículo 248 bis del CP y el artículo 4° de la Ley N° 19233 (difundir o revelar datos contenidos en un sistema informático). Posteriormente la Corte de Apelaciones revoca la sentencia en cuanto a la absolución por el delito del artículo 60 letra h) y g) de la Ley 18.045 de Mercado de Valores (revelar información privilegiada y utilizarla), sancionándola también por dicho delito. Enzo Bertinelli es sancionado por el cohecho del art. 250 del CP y, con la sentencia de la Corte, también por los delitos contra el mercado de valores. Ellos eran los principales involucrados en este hecho, aunque se condena a varias personas más,

³¹⁸ Corte Suprema de Chile, Rol N° 14281-2015, de fecha 26 de enero de 2016.

³¹⁹ Corte Suprema de Chile, Rol N° 2249-2012, de fecha 08 de noviembre de 2012.

³²⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 992-2010, de fecha 22 de noviembre de 2011.

incluido Eduardo Monasterio a quien además se le condenó al pago de 3.266 millones de pesos por daño a CORFO.

En la llamada arista “tributaria” se persiguió a los miembros del holding Inverlink por presentación de declaración de impuestos maliciosamente incompleta o falsa, siendo condenados por la Corte Suprema, la cual revocó la sentencia absolutoria de primera instancia³²¹.

Por último, según lo ha confirmado la Excm. Corte Suprema³²², Monasterio habría simulado un contrato de compraventa para traspasar la propiedad de un inmueble a su cónyuge, causa respecto de la cual también se condenó a los involucrados³²³.

2.3. El Caso “Riggs”

El año 2004 a raíz de una investigación iniciada por el Senado estadounidense sobre la financiación terrorista tras los ataques terroristas del 2001 a las “Torres Gemelas” y al Pentágono, se descubrieron cuentas inscritas con nombres falsos en el Banco Riggs asociadas al ex dictador Augusto Pinochet y sus familiares³²⁴.

A raíz de estos antecedentes, se nombró como Ministro en visita a Carlos Cerda, ministro de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago. Luego de realizar las diligencias respectivas, inició proceso contra seis oficiales retirados por el delito de malversación de fondos públicos.

Pinochet, quien en virtud de su calidad formal de ex Presidente había sido desaforado por la Corte de Apelaciones de Santiago, fue sobreesido tras su muerte el 10 de diciembre de 2006. Asimismo, la Corte Suprema revocó 15 de 23 procesamientos dictados por el entonces ministro a cargo de la causa Carlos Cerda, favoreciendo al entorno familiar directo de Pinochet, incluyendo a su viuda Lucía Hiriart y sus hijos Augusto, Lucía, Verónica, Marco Antonio y Jacqueline³²⁵.

³²¹ Corte Suprema de Chile, Rol N° 297-2009, de fecha 17 de noviembre de 2010.

³²² Corte Suprema de Chile, Rol N° 2025-2012, de fecha 14 de diciembre de 2012.

³²³ WINTER, J. *op. cit.*, 114p.

³²⁴ O’HARA, Terence. DAY, Kathleen. 2004. *Riggs Bank Hid Assets Of Pinochet, Report Says*. [en línea] Washington Post en Internet. 14 de julio, 2004. <<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A50222-2004Jul14.html>> [consulta: 24 abril 2016]

³²⁵ PODER JUDICIAL. Máximo tribunal ratifica fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago en el denominado caso Riggs. 2007. [en línea] <http://www.pjud.cl/home?p_p_auth=u24ucOVL&p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_returnToFullPageURL=%2F&_101_assetEntryId=851276&_101_type=content&_101_urlTitle=maximo-tribunal-ratifica-fallo-de-la-corte-de-apelaciones-de-santiago-en-el->

En octubre de 2008 el pleno de la Corte Suprema reemplazó al Ministro Carlos Cerda por el Ministro Manuel Valderrama, quien en fecha 7 de mayo de 2015, dictaría la sentencia de primera instancia³²⁶. Condenó en calidad de autores del delito de malversación de caudales públicos a los oficiales del Ejército en retiro Jorge Ballerino Sandford (Jefe de la Casa Militar), Ramón Castro Ivanovic (Edecán de Pinochet y posteriormente Secretario General del Ejército), Gabriel Vergara Cifuentes (Secretario Privado de Pinochet), Sergio Moreno Saravia (Jefe de la Casa Militar), Juan Mac-Lean Vergara (Jefe de Relaciones Públicas de la Comandancia en Jefe del Ejército) y Eugenio Castillo Cádiz (Ayudante Militar), a penas de cuatro años de presidio con el beneficio de la libertad vigilada. La sentencia los condena por el delito de malversación de caudales públicos, “puesto que en su calidad de funcionarios públicos, sustrajeron para beneficio particular de Augusto José Ramón Pinochet Ugarte y su familia, fondos públicos provenientes del erario nacional, concretándose de esa forma la acción material de apoderamiento de los fondos que tenían bajo su cargo en virtud de ser ellos Jefes de la Casa Militar, Edecán y Secretarios privados, todos ex oficiales del Ejército de Chile³²⁷”.

Asimismo, en el Considerando Cuarto, literal i), concluyó que el monto total malversado por los acusados en favor de Augusto Pinochet Ugarte asciende a una suma total de US\$6.466.406,68. Además, el Ministro Valderrama ordenó el decomiso de 23 inmuebles, vehículos y documentos bancarios. Aunque de acuerdo al Informe Pericial evacuado por la Universidad de Chile en esta causa, determinó que Pinochet Ugarte obtuvo remuneraciones e ingresos provenientes de fuentes legítimas, equivalentes a US\$1.427.588,55, que sería producto de los distintos cargos que ostentó durante su vida política. No obstante, esta cifra es inconsistente con la cantidad de inmuebles que Pinochet Ugarte adquirió durante su permanencia en la Comandancia en Jefe del Ejército, como tampoco alcanzaría para dar una justificación razonable de todo el dinero de que se trata el proceso, el cual según el mismo Informe Pericial mencionado asciende a la suma de US\$21.363.761,30, dinero que habría servido, entre otros fines, para la manutención de la familia de Pinochet Ugarte, tal como fue señalado por él mismo en sus declaraciones que se encuentran compulsadas en lo expositivo del fallo (Considerando 11°).

[denominado-caso-riggs&redirect=http%3A%2F%2Fwww.pjud.cl%2Fhome%3Fp_p_id%3D3%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dmaximized%26p_p_mode%3Dview%26_3_groupId%3D0%26_3_keywords%3Driggs%26_3_struts_action%3D%252Fsearch%252Fsearch%26_3_redirect%3D%252F&inheritRedirect=true](http://www.pjud.cl/home/p_id%3D3%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dmaximized%26p_p_mode%3Dview%26_3_groupId%3D0%26_3_keywords%3Driggs%26_3_struts_action%3D%252Fsearch%252Fsearch%26_3_redirect%3D%252F&inheritRedirect=true)> [consulta: 5 mayo 2016]

³²⁶ Ministro en Visita de la Corte de Apelaciones de Santiago Manuel Valderrama, Rol N° 1649-2004. Sentencia de primera instancia de 07 de mayo de 2015.

³²⁷ Ministro en Visita de la Corte de Apelaciones de Santiago Manuel Valderrama, Rol N° 1649-2004. Sentencia de primera instancia de 07 de mayo de 2015. Considerando 4°.

La demanda civil en favor del Fisco, interpuesta por el Consejo de Defensa del Estado, fue desechada por haberse interpuesto una vez transcurrido el plazo de prescripción de cuatro años establecido en el art. 2332 del Código Civil.

Este caso presenta importancia para la presente Memoria debido a la aplicación de la pena de comiso sobre un conjunto de bienes raíces, vehículos e instrumentos bancarios que pertenecieron al dictador Pinochet o a alguna de sus sociedades, y que habían sido embargados mientras vivía y era sujeto pasivo de la investigación penal. Para justificar la aplicación del comiso el juez señala que

de acuerdo a los antecedentes recabados, solo es posible concluir que parte importante del origen de esta fortuna, proviene de la sustracción que Pinochet Ugarte efectuó de fondos públicos, principalmente de gastos reservados, por lo que los bienes embargados se constituyen en efectos del delito”, tras lo cual sostiene que “...dado que se ha concluido que el dinero obtenido para comprar los bienes raíces embargados, como también aquellos que se destinaron a la manutención de su familia, poseen un origen ilícito, esto es, provenientes de la apropiación del erario nacional bajo un sofisticado esquema de cuentas corrientes tipo cascadas abiertas en el extranjero por funcionarios del Ejército de Chile de su más completa confianza, se procederá a aplicar la pena de comiso sancionada en el artículo 31 del Código Penal, respecto de todos los bienes que se encuentran embargados, los cuales al momento de decretarse dicho embargo, eran de propiedad de Augusto José Ramón Pinochet Ugarte, o bien de alguna de sus sociedades (considerando 11°)³²⁸.

Este caso es importante porque a pesar de no tener sentencia definitiva, se plantea implícitamente la discusión del comiso de ganancias. A pesar de que el Ministro Valderrama en la sentencia sólo habla del comiso de efectos del delito, lo que se habría aplicado en este caso es el comiso de ganancias y comiso de ganancias por valor equivalente, pues los bienes embargados consisten en inmuebles y vehículos aparentemente comprados mediante ganancias ilícitas y cuentas corrientes con dinero. El comiso en este caso se aplica a las ganancias obtenidas con la malversación de fondos públicos, los cual fueron “transformados” a través de la compra de diversos inmuebles por la familia Pinochet Hiriart.

Asimismo, este es un caso evidente de los problemas que suscita la consideración del comiso como una pena. Este necesariamente debe aplicarse acompañando a una pena principal, porque en el caso de la

³²⁸ CORRAL, Hernán. El “caso Riggs” (sic) y el comiso de bienes del General Pinochet. 2015. [en línea] <<https://corraltalciani.wordpress.com/tag/comiso-de-ganancias/>> [consulta: 15 abril 2016]

legislación chilena se regula al comiso como pena accesoria. Sin embargo, el juez Valderrama obvia esta discusión aplicando el comiso de las ganancias ilícitas sin fundamentar dicha decisión, lo cual atiende a criterios de “justicia” sobre una situación patrimonial injusta. Este caso planteará el debate sobre el comiso de ganancias y permitirá fundamentar el comiso de ganancias en el principio de enriquecimiento injusto, de modo de que escape de la esfera del derecho penal y se pueda aplicar a pesar de existir sobreseimiento definitivo por la muerte del imputado, que en este caso es el dictador Pinochet. Esto permitirá impedir la impunidad de la familia del Dictador, que en caso de no aplicarse el comiso de ganancias, se verían beneficiados por la devolución de los bienes decomisados.

3. PROYECTO DE CÓDIGO PENAL TIPO PARA AMÉRICA LATINA Y ANTEPROYECTOS DE CÓDIGO PENAL

3.1. Código Penal tipo para Latinoamérica (1973)

El proyecto de Código penal tipo para Latinoamérica tenía la finalidad de contribuir a la unificación legislativa en el ámbito penal. Tras hacer una declaración de principios mínimos (v.g., legalidad, culpabilidad, proscripción de la analogía, debido proceso, cosa juzgada, inocencia, etc.), el trabajo se distribuyó y la comisión colombiana fue la encargada de abordar el tema de la responsabilidad civil emanada del delito y en general, el de sus efectos en el campo extrapenal.

Según consta en la ponencia que presentó dicha comisión al pleno, la figura del comiso fue especialmente debatida, ya que en tanto algunos de sus miembros que resultaron ser mayoría, creían que debía incluirse entre las consecuencias no penales del hecho punible, otros lo consideraban un fenómeno procedimental³²⁹. La comisión acordó que el comiso y otras figuras de dudosa naturaleza jurídica (v.gr., las costas), no fueran incluidos en la ponencia y ésta se centró en las consecuencias civiles del delito.

El tema del comiso, no obstante, sí fue objeto de examen. Juristas como Alfonso Reyes y Pedro Sanabria cuestionaron la decisión colombiana, pues si bien el comiso no podía catalogarse como pena, de no legislarse sobre él quedaría fuera una importante consecuencia del hecho punible cuya ubicación, decían, tampoco correspondía a la normativa procesal. Para ambos, el tema que Colombia debía examinar en su

³²⁹ GRISOLÍA, Francisco. Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica. Secretariado Ejecutivo. Código Penal Tipo para Latinoamérica. Parte General. Tomo I. Antecedentes, textos anotados, ponencias, acuerdos, índices. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1973. 406p.

ponencia era el de las consecuencias no penales del delito, lo que daba un lugar al comiso, pues la ubicación de esta figura jurídica no era muy clara ni dentro de las consecuencias penales ni dentro de las civiles. En todo caso, si se insistía en que la ponencia debía llevar por título *Consecuencias civiles*, se podía pensar en incluir al comiso, pero dedicarle un artículo concreto.

La comisión chilena por su parte, hizo algunas observaciones a la ponencia colombiana, de particular interés aquella según la cual el comiso se debía regular, pero no dentro de las consecuencias civiles del delito, sino de manera autónoma, pues aunque este instituto no es una pena, tampoco esto significa que sea una consecuencia civil, pudiéndonos encontrar a lo sumo, dentro de un aspecto preventivo penal³³⁰. Chile lo que propuso – y Colombia lo aceptó – fue la inclusión de un párrafo aparte de las consecuencias civiles del delito o la reparación del daño. La discusión que se desarrolló al respecto en la décima sesión de la cuarta reunión plenaria, concluyó con un acuerdo, a saber, la inclusión de un texto sobre el comiso, pero en el entendido de que éste no tiene carácter de pena, ni es expresión de la responsabilidad civil derivada del delito³³¹.

Finalmente, el comiso se reguló bajo la rúbrica Responsabilidad civil derivada del delito, concretamente, en el artículo 97, el cual establece que *“El delito determina la pérdida en favor del Estado de los instrumentos con que se cometió y de las cosas o valores provenientes de su realización, o que constituyan para el agente un provecho derivado del mismo delito, salvo el derecho que sobre ellas tengan el ofendido o terceros”*.

Al parecer, el propósito de los juristas que elaboraron el proyecto del Código penal tipo para Latinoamérica era separar el comiso de las penas, las medidas de seguridad y las consecuencias civiles, dada su diferente naturaleza.

3.2. Anteproyecto de Código Penal de 2005 elaborado por la Comisión Foro Penal

El anteproyecto de 2005 elaborado por la Comisión Foro Penal cuya Secretaria Técnica fue realizada por los profesores Héctor Hernández y Jean Pierre Matus, en cuanto al comiso no presenta modificaciones respecto a la naturaleza del comiso que le otorga el artículo 31 del Código Penal vigente. En cuestión, establece que el comiso es una pena accesoria, y sólo sigue distinguiendo entre el comiso de instrumentos y el de efectos.

³³⁰ *Id.* 476p.

³³¹ *Íd.* 555p.

En el artículo 20 de dicho anteproyecto, se considera a la “*pérdida o comiso de los instrumentos o efectos del delito*”, en conjunto a la multa, como *Pena común a las tres clases anteriores*, las cuales son las penas de crímenes, penas de simples delitos y penas sustitutivas de las dos anteriores.

En el artículo 26, llamado “*Penas que llevan consigo otras accesorias*” se hace referencia al comiso:

“Art. 26. Toda pena que se imponga lleva consigo la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, la de inhabilitación para celebrar actos y contratos con la Administración del Estado durante ese mismo lapso, y el comiso de los efectos que provengan del delito y de los instrumentos con que se ejecutó, a menos que pertenezcan a un tercero no responsable”³³².

Si bien los artículos anteriores hablan sólo del comiso de instrumentos y efectos, el artículo 52 del Anteproyecto en cuestión, nos permite desprender que este contemplaría el comiso ampliado, pues en el inciso final de dicho artículo, habla sobre “*los dineros que caigan en comiso*”.

En cuanto a los dineros que caigan en comiso y al producto de la enajenación de las demás especies decomisadas, se estará a lo dispuesto en los códigos de procedimiento.

Asimismo, de dicha disposición se desprende que el comiso quedará regulado en el Código de Procedimiento Penal, a lo menos, en cuanto al mecanismo procesal para reclamarlo y en la definición de qué organismo será el beneficiario.

3.3. Anteproyecto de Comisión para un Nuevo Código Penal (2013)

El Proyecto de Código Penal presentado el 13 de marzo de 2014 vía mensaje a la Cámara de Diputados por el Presidente de la República, Sebastián Piñera, se basó en el Anteproyecto presentado por la Comisión Redactora del Anteproyecto de Código Penal al Presidente de la República. Este proyecto se materializó en el Boletín N° 9.274-07.

En su mensaje, dice referencia al comiso:

³³² COMISIÓN FORO PENAL. 2005. Anteproyecto de Código Penal Chileno de 2005. Revista Política Criminal (1): 1-92. 7p.

“El comiso recibe especial atención como consecuencia adicional de la pena, ya que se regula exhaustivamente, incorporando figuras tales como el comiso de instrumentos de libre uso, comiso de valor equivalente y de ganancias. Estas últimas son particularmente importantes, ya que permiten a Chile estar alineado con compromisos internacionales previamente adquiridos”³³³.

Resulta relevante también, la preferencia del comiso por sobre los acreedores del patrimonio del imputado:

“La satisfacción del comiso preferirá en todo caso a todo crédito contra el patrimonio del condenado”.

En la regulación del comiso, se reconoce diferenciadamente el comiso de instrumentos (distinguiendo a su vez aquellos de libre uso y aquellos de uso restringido); el comiso de efectos y el comiso de ganancias.

“§ 1. Reglas generales

Art. 123. Consecuencias adicionales a la pena. Son consecuencias adicionales a la pena:

1° el comiso de los instrumentos de libre uso que hubieren sido empleados en la comisión del delito;

2° el comiso de los instrumentos de uso legalmente restringido que hubieren sido empleados en la comisión del delito;

3° el comiso de los efectos del delito;

4° el comiso de las ganancias del delito.”

En virtud del artículo 124, inciso 2°, “[e]l comiso de los números 2, 3 y 4 del artículo precedente podrá imponerse conjuntamente con una pena y también por sentencia definitiva recaída en un proceso penal

³³³ Proyecto de Código Penal presentado por ex Presidente Sebastián Piñera. Boletín N° 9.274-07.

que tenga por probada la realización ilegítima de una conducta que la ley describe bajo amenaza de pena, no obstante la falta de culpabilidad del imputado conforme a los artículos 16, 17, 19, 28, 29 o 30”.

En especial, se regula el comiso de ganancias y las consecuencias que produce:

“Art. 135. Comiso de ganancias. El comiso de bienes por un valor equivalente a las ganancias que se hubiere obtenido directa o indirectamente mediante la comisión de un hecho, con ocasión de su comisión, o para o por cometerlo, procederá respecto de toda clase de hechos ilícitos conminados con una pena.

Las ganancias se extienden a los frutos obtenidos y a las utilidades que se hubieren originado, cualquiera que sea su naturaleza jurídica. Se extienden también a todo aquello que se hubiere adquirido en lugar de las ganancias directas o indirectamente obtenidas, ya sea mediante su enajenación o como compensación por su pérdida, o en razón del ejercicio del derecho que se hubiere obtenido como ganancia.

Las ganancias se extienden asimismo a lo que hubiere obtenido, en los términos señalados por los incisos precedentes, una persona que no intervino en el hecho respectivo, si el interviniente hubiere actuado en su beneficio.

Las ganancias que hubieren sido enajenadas a título gratuito permanecerán afectas a comiso. Si una misma cosa pudiere ser objeto de comiso conforme a este precepto y a los artículos 133 y 134 [comiso de efectos y de su valor equivalente] se aplicará lo dispuesto en este artículo.

Art. 136. Ganancias distribuidas a terceros de buena fe. No podrá imponerse el comiso respecto de las ganancias obtenidas por o para una persona jurídica y que hubieren sido distribuidas entre sus socios, accionistas o beneficiarios que no hubieren tenido conocimiento de su procedencia ilícita al momento de su adquisición.

En tal caso, la ganancia distribuida podrá considerarse para la determinación de la pena de multa que correspondiere imponer.

Art. 137. Prueba de la ganancia. En relación con la magnitud de las ganancias sujetas a comiso, de su procedencia del hecho ilícito o de su carácter sustitutivo de las ganancias directas o indirectas conforme al artículo 135, entre dos o más pruebas contradictorias el tribunal preferirá lo que fundadamente crea más conforme con la verdad”.

En cuanto a las penas que se pueden aplicar a las personas jurídicas, se establece en su artículo 185 que “[s]erán también aplicables a las personas jurídicas las distintas clases de comiso previstas en los números 1 a 4 del artículo 123, conforme a las reglas de los Párrafos 2 y 3 del Título VIII”.

En cuanto a la aplicación del comiso, se establece que:

“Art. 208 Aplicación del comiso El indulto particular nunca comprende el comiso, en ninguna de sus clases. Tampoco lo comprenden la amnistía ni el indulto general, a menos que la ley respectiva dispusiere de otro modo.

La extinción de responsabilidad penal por la muerte del responsable no impide la imposición de las clases de comiso a que se refiere el Párrafo 3 del Título VII.”

4. CONCLUSIONES

El comiso de ganancias es regulado como una pena por la legislación chilena, pues a pesar de aquella postura de la Corte Suprema y de Ignacio Ananías que contempla la figura del comiso de ganancias contemplada en el comiso de efectos – y que por cierto, aún no es considerada como una postura mayoritaria en el derecho nacional–, este se regula como una pena pecuniaria y accesoria, lo cual representa severas limitaciones en su aplicación: el principio de culpabilidad y de personalidad de la pena.

Al revisar la jurisprudencia chilena, los casos analizados nos muestran la falta de regulación del comiso de ganancias y, en el mejor de los casos, las dificultades que presenta su aplicación bajo la interpretación de la doctrina que lo considera contemplado por el comiso de los efectos. Solucionar esta situación será fundamental en el Caso Riggs, pues si bien el Ministro de Primera Instancia dictó sentencia de comiso de las ganancias del Dictador Pinochet y de sus familiares, dicha decisión se puede revertir por los Tribunales Superiores de Justicia, pues no es sólida argumentando la aplicación del comiso de ganancias. En lugar de esto, aplicó el comiso de ganancias mediante la aplicación de comiso de efectos, sin indicar el sujeto de la pena accesoria.

El anteproyecto de Código Penal de 2005 no representa modificaciones sobre la materia. En cambio, el anteproyecto de Código Penal de 2013, en palabras del profesor Antonio Bascuñán Rodríguez – quien fue uno de los redactores - regularía una figura de comiso de ganancias operativo. Si bien mantiene regulándose como pena, su aplicación es compatible con el caso de la muerte del responsable, caso de

extinción más común que ha dificultado la aplicación del comiso bajo la regulación actual. Asimismo, regula expresamente las configuraciones modernas del comiso de ganancias, incluyendo las figuras del comiso ampliado, comiso sustitutivo o por valor equivalente y comiso subrogatorio o en segundo grado. Esto lo convierte en el esfuerzo más serio de regular al comiso de ganancias conforme a los estándares internacionales y al derecho comparado sobre la materia.

En cuanto al Código Penal de Latinoamérica destaca que desde los años 60 se pensaba en que el comiso no tendría su fundamento en la pena y que era necesario regularlo de una forma distinta para que tuviera mayor efectividad en su aplicación.

V. CONCLUSIONES.

El comiso de ganancias no es considerado como una pena por el derecho comparado porque no responde a los fines retributivo y preventivo de aquella, ni a los principios de culpabilidad y personalidad de la pena. Tampoco es una medida de seguridad porque no se aplica a la persona que realizó el hecho previsto como delito, sino a los bienes afectos al mismo, ni se adopta teniendo en cuenta la potencial peligrosidad criminal del sujeto. No hace parte de la responsabilidad civil resultante del delito porque no está dirigida ni destinada a reparar los perjuicios de la infracción³³⁴.

Si bien el comiso de ganancias tiene elementos en común tanto con la responsabilidad penal como con la civil, es una consecuencia jurídica del delito de carácter civil o administrativo, en la medida en que si bien representa una reacción eficaz frente al delito, ella no se deriva ni de la culpabilidad ni de la personalidad del sujeto, sino de la intolerancia al enriquecimiento injusto³³⁵. Este sería el fundamento del comiso de ganancias y su finalidad sería el restablecimiento de una situación patrimonial ilícita.

Al considerar como fundamento del comiso de ganancias el principio de intolerancia al enriquecimiento injusto extendemos su ámbito de aplicación, permitiendo que se aplique en aquellos casos que nos encontramos frente a hechos antijurídicos no culpables, ya sea por la extinción de la responsabilidad penal o por la exención de responsabilidad criminal del autor. Asimismo, el comiso de ganancias se hace compatible con la normativa supranacional, que permite la inversión de la carga de la prueba para facilitar la aplicación de esta institución.

³³⁴ CEREZO D., Ana Isabel. Análisis jurídico-penal de la figura del comiso. Comares, Granada, 2004. 24-29pp.

³³⁵ CEREZO D., A. *op. cit.*, 31-34pp.

Por su parte, el comiso de ganancias bajo esta regulación sería compatible con las tendencias contemporáneas que presenta en el derecho comparado, siendo aplicable en el caso del comiso por valor equivalente, comiso substitutorio y comiso ampliado, los cuales permiten combatir la criminalidad económica organizada de mejor manera, dado los distintos subterfugios que utilizan para esconder las ganancias o traspasarlas a terceros.

A diferencia del análisis del comiso de ganancias en la doctrina y derecho comparado, en nuestra legislación sigue regulándose como una pena accesoria y pecuniaria – para el sector de la doctrina que considera que se encuentra regulado a partir del art. 31 del Código Penal, pues para otra parte de la doctrina ni siquiera existe esta figura –. Esto ha implicado severas limitaciones en casos emblemáticos de la jurisprudencia chilena relacionados con delitos económicos. En el caso de Schwager ni siquiera se planteó la discusión, mientras que en los casos Inverlink y Riggs el factor de discusión es la aplicación del comiso de ganancias ante la muerte de uno de los responsables. En el Caso Inverlink no se planteó la discusión sobre el comiso de ganancias, en cambio, en el Caso Riggs el Ministro en Visita aplicó el comiso de ganancias de todas formas, bajo la etiqueta de comiso de efectos del delito.

A pesar de esta situación, no ha existido ninguna modificación al artículo 31 del CP desde su aprobación. En cuanto a los anteproyectos de Código Penal, sólo el anteproyecto de 2013 presenta avances sustanciales sobre la materia, pues a pesar de regularlo como una pena accesoria, el detalle del articulado reconoce al comiso de ganancias específicamente, regulándolo de manera diversa al comiso de instrumentos y de efectos. Además, es una propuesta de regulación conforme a las tendencias contemporáneas de regulación del comiso de ganancias, reconociendo al comiso ampliado, al comiso substitutivo y al por valor equivalente. Inclusive, establece que se podrá aplicar el comiso de ganancias en casos de extinción de responsabilidad penal por la muerte del deudor. Quedará pendiente el análisis del Anteproyecto de Código Penal del 2015, que tomó como estructura el anteproyecto de 2013, pero que aún no es un documento público.

Finalmente, podemos concluir que la discusión sobre la naturaleza y fundamento del comiso de ganancias no es una discusión baladí. Tiene implicancias importantes para delimitar su ámbito de aplicación y hacerla compatible con las tendencias contemporáneas que presenta la medida del comiso de ganancias en el derecho supranacional como en el comparado. Y a pesar de nuestro derecho nacional, la doctrina es prácticamente conteste en señalar al principio de intolerancia del enriquecimiento injusto como el fundamento del comiso de ganancias y su regulación más idónea sería la de una medida de derecho público que regulara de forma autónoma el comiso de ganancias.

CONCLUSIONES

En materia de comiso de ganancias existe un vacío normativo. Sólo ha sido tratado superficialmente por la legislación nacional en tres leyes penales especiales: Ley sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, Ley de Lavado de Dinero y Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas.

En la revisión de la Historia de estas Leyes pudimos apreciar que la discusión que se dio en el Congreso Nacional sobre el comiso de ganancias fue prácticamente nula. En gran medida, las referencias apuntan a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas que establece la figura del comiso de ganancias, en la cual se habría inspirado la Ley N° 20.000 de Chile.

La doctrina nacional es prácticamente inexistente sobre el comiso de ganancias. Con la salvedad del trabajo de Ignacio Ananías, no existen obras que traten exhaustivamente la materia. Recientemente han existido referencias al comiso de ganancias por algunos académicos a propósito de la discusión sobre el proyecto de ley presentado por el Gobierno de Michelle Bachelet al Congreso que busca fortalecer la libre competencia³³⁶, que se transformó en la Ley N° 20.945 que perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia. Pero precisamente las referencias han sido por la falta de regulación del comiso de ganancias en este proyecto de ley³³⁷.

La jurisprudencia no ha contribuido mucho más. Salvo la sentencia de la Corte Suprema citada en esta memoria, que plantea la regulación del comiso de ganancias por nuestra legislación a partir del comiso de los efectos del delito contemplado en el artículo 31 del Código Penal de Chile – tesis apoyada por Ananías – no han existido fallos sustanciales al respecto. El debate sobre la naturaleza jurídica del comiso de ganancias ni siquiera ha sido planteado. La sentencia de primera instancia en el Caso Riggs, que si bien no menciona al comiso de ganancias, aplica la medida contra bienes incautados a Augusto Pinochet

³³⁶ Boletín 9950-03, que Modifica el decreto con fuerza de ley N° 1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 211, de 1973, que Fija normas para la defensa de la libre competencia, de 19 de marzo de 2015.

³³⁷ Entre estas referencias destaca la opinión del profesor Antonio Bascuñán (BASCUNÁN R., Antonio *et ál.* ¿Cárcel para la colusión? Seis opiniones. Punto de Referencia, N° 409, agosto 2015. Edición online. Disponible en: [http://www.cepchile.cl/dms/archivo_6023_3751/pder409_RBergoeing-LSierra.pdf]) y la del Profesor Gonzalo Medina, en su exposición en el Coloquio “Sanciones en la Nueva Ley de Competencia” organizado por el Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, realizado el día 1 de julio de 2015.

y su familia puede abrir el debate con mayor profundidad sobre las implicancias del comiso de ganancias³³⁸.

Las obras especializadas de Derecho Penal, como los manuales de los profesores Alfredo Etcheberry, Enrique Cury, Gustavo Labatut, Eduardo Novoa Monreal, Juan Bustos/Sergio Politoff/Jean Pierre Matus, Héctor Hernández/Javier Couso, no han hecho referencia al comiso de ganancias o lo han hecho sólo para mencionarlo, sin analizarlo.

Las leyes penales especiales – salvo las mencionadas – y las leyes de derecho administrativo sancionador que hacen referencia al comiso no hacen referencia al comiso de ganancias. Las leyes que hacen referencia a la adquisición de ganancias ilícitas como el Decreto Ley N° 211 que fija normas para la defensa de la libre competencia tampoco contempla la medida del comiso de ganancias y sólo establece como sanción penas de multa.

El derecho civil tampoco da una respuesta al tratamiento de las ganancias ilícitas. El principio de enriquecimiento injusto – denominado como principio de enriquecimiento sin causa por nuestra tradición jurídica – no está regulado expresamente en el Código Civil chileno. Existen figuras relacionadas con este principio, como el pago de lo no debido y la agencia oficiosa, que recogen parte de la tradición de las *condictiones* del derecho romano y cuentan con la *actio in rem verso* para restablecer la situación patrimonial alterada ilícitamente. Sin embargo, la aplicación de la *actio in rem verso* no es una acción general contra el enriquecimiento injusto y sólo se puede aplicar en aquellos casos establecidos por la ley o por una restrictiva construcción jurisprudencial, que a diferencia del derecho comparado alemán o anglosajón, pone el énfasis en el requisito de empobrecimiento correlativo al enriquecimiento y no sólo en el requisito del enriquecimiento.

Esto ha producido una insuficiencia desde el Derecho Civil para regular las ganancias ilícitas provenientes del delito. Nuestros dos ordenamientos principales – el Código Civil y el Código Penal – no dan una respuesta satisfactoria al tratamiento de las ganancias ilícitas ni de la medida del comiso de ganancias.

En cuanto a la discusión sobre la naturaleza jurídica del comiso de ganancias en nuestra legislación ha sido prácticamente inexistente. En el derecho comparado se discute si el comiso de ganancias sería una

³³⁸ Si bien no existen trabajos académicos al respecto, el Profesor Hernán Corral Talciani ha hecho los primeros comentarios sobre la aplicación del comiso de ganancias en su *blog*: [<https://corraltalciani.files.wordpress.com/>]

pena, una medida de seguridad, una consecuencia accesoria o una institución *sui generis* construida como norma de derecho público cuyo fundamento se encontraría en el principio de enriquecimiento injusto. Con la excepción del trabajo de Ananías Zaror, que reconoce como fundamento del comiso de ganancias el principio de enriquecimiento injusto, los demás autores ni la jurisprudencia han considerado un fundamento distinto al de la pena.

El artículo 31 del Código Penal regula al comiso de instrumentos y efectos como una pena accesoria. Por lo tanto, aún la postura de la Corte Suprema que considera al comiso de ganancias regulado a partir del comiso de efectos, enfrentaría las limitaciones de una pena, restándole eficacia a su aplicación. Los principales límites que presenta el comiso de ganancias regulado como una pena son el principio de culpabilidad. En el caso del principio de culpabilidad, no permite que se aplique cuando se verifica un hecho típico y antijurídico, pero no un hecho culpable, como aquellos casos en que el autor está exento de responsabilidad criminal (como muerte del autor, en el Caso Riggs), pues al tratarse de una pena accesoria requiere una pena principal aplicada al autor.

Por su parte, el principio de personalidad de la pena impide que el comiso de ganancias se aplique a terceros no responsables del delito, restando total efectividad a la medida. En los delitos económicos actuales existen complejos mecanismos de ocultamiento de las ganancias ilícitas, como entramados complejos de sociedades y personas jurídicas para transferir el dinero, lo cual haría prácticamente inútil restringir la aplicación del comiso de ganancias sólo al autor directo y no a terceros.

Tal como viene sosteniendo la doctrina mayoritaria del derecho comparado, el fundamento del comiso de ganancias se encontraría en el enriquecimiento injusto y su finalidad sería el restablecimiento de una situación patrimonial ilícita. Al tener su fundamento en el principio de enriquecimiento injusto, el dolo o imprudencia del autor no sería relevante, por tanto, la culpabilidad no sería un requisito para aplicar el comiso de ganancias.

El comiso de ganancias, por ende, no sería una sanción al autor que se enriquece ilícitamente, sino sería una medida de restablecimiento de la situación patrimonial ilícita. Esto ha sido reconocido así inclusive por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Incluso podemos ir más allá, sosteniendo que sólo sería necesario un hecho ilícito que produjera ganancias ilícitas, escapando su aplicación de la esfera estrictamente penal y pudiéndose aplicar en casos de infracciones a las normas del derecho administrativo. La construcción de una norma de derecho público cuyo fundamento se encuentre en la intolerancia al enriquecimiento injusto potencialmente podría aplicarse en todos aquellos casos donde se

verifique un hecho ilícito que produzca ganancias ilícitas, sin encontrar limitaciones dogmáticas. Esta postura incluso representaría una solución para aquellos sectores de la doctrina que plantean que las personas jurídicas no serían sujetos de responsabilidad penal³³⁹.

En el caso del derecho chileno, una regulación legal que considere al enriquecimiento injusto como fuente de las obligaciones, tal como ha venido planteando la doctrina nacional (Fueyo, Figueroa y Peñailillo, principalmente) y ponga el foco en el requisito del enriquecimiento ilícito y no en el empobrecimiento correlativo al enriquecimiento, permitiría identificar con mayor nitidez al principio de enriquecimiento injusto como el fundamento del comiso de ganancias. No obstante, sin modificación jurídica es posible de todas formas – con la jurisprudencia y construcción doctrinaria del principio de enriquecimiento sin causa de la legislación chilena – considerar a este principio como fundamento del comiso de ganancias. La doctrina contemporánea del enriquecimiento injusto plantea un aproximamiento entre la tradición jurídica francesa – construida a partir de la jurisprudencia – y la tradición jurídica alemana – construida a partir del derecho de *condictiones* – las cuales han adoptado últimamente la propuesta actualizada de la tipología de las *condictiones* romanas. Destaca en esta tipología la *condictio* por intromisión, bajo la cual no se hace necesario el requisito de empobrecimiento correlativo al enriquecimiento injusto.

El desarrollo dogmático que ha experimentado el principio de enriquecimiento injusto tanto en el derecho comparado como en el derecho nacional a partir de la nueva tipología de las *condictiones* y el foco en el enriquecimiento de una parte, sin necesidad de un empobrecimiento correlativo, producen un encuentro armónico con el desarrollo dogmático que ha experimentado el comiso de ganancias en el desarrollo comparado y el que podría experimentar en Chile en caso de que se regule esta institución. En línea de lo concluido por Rebeca Williams a propósito del análisis del enriquecimiento injusto en el derecho inglés y derecho de la Unión Europea³⁴⁰, la necesidad de una norma de derecho público que regule el enriquecimiento injusto podría ser cubierta en parte por una ley de comiso de ganancias.

Chile se encuentra al margen de las tendencias internacionales que ven al comiso de ganancias como un instrumento jurídico de prevención general, dirigido a desincentivar y desestimular las actividades delictivas, especialmente de aquellas de motivación económica. Tampoco se encuentra incorporada la posibilidad del comiso sustitutivo o indirecto, el cual le permite al Estado desligar la causalidad entre los

³³⁹GRACIA MARTIN, Luis. 2016. Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica. [en línea] Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Universidad de Sevilla, pp. 1-95, disponible en: <<http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-05.pdf>> [consulta: 01 septiembre 2016].

³⁴⁰ WILLIAMS, R. *op. cit.*, 283P.

bienes objeto de la medida y la actividad ilícita, frente a la dificultad objetiva que se presenta especialmente para atacar a la delincuencia organizada, de comprobar las relaciones entre las actividades delictivas de una persona y la propiedad de bienes determinados, de manera que basta con probar el beneficio ilícito por un monto determinado para que a esa persona se le puedan decomisar bienes equivalentes.

La situación actual de insuficiente regulación de una aplicación general del comiso de ganancias nos lleva a concluir la necesidad de una *lege ferenda* que permita la aplicación del comiso de ganancias como un arma efectiva en contra de los delitos económicos, pudiendo ser aplicada tanto por el derecho penal como por el derecho administrativo sancionador y general, en la medida que se verifique un hecho ilícito que produzca ganancias ilícitas.

Esta modificación de *lege ferenda* debe incluir las tendencias actuales del comiso de ganancias en el derecho comparado, como también debe dejar de ser considerado como una pena. Según nuestro punto de vista, a lo menos debiese considerar esta ley sobre comiso de ganancias los siguientes elementos:

1. Debe reconocerse como fundamento del comiso de ganancias el principio de enriquecimiento injusto y como su fin el restablecimiento de una situación patrimonial ilícita. Su naturaleza jurídica será la de una institución *sui generis*, debiendo regularse de forma compatible con su fundamento y fin.
2. Por lo anterior, no puede seguir siendo tratada como una pena: no aplicarán las limitaciones del principio de culpabilidad ni del principio de personalidad de la pena. No requerirá de un hecho culpable, bastando un hecho ilícito que produzca ganancias ilícitas.
3. Debe regularse las tendencias actuales del comiso de ganancias, que incluye el comiso sustitutivo, el comiso por valor equivalente y el comiso ampliado. Todas estas figuras son compatibles con un comiso de ganancias que tiene su fundamento en el principio de intolerancia al enriquecimiento injusto.
4. Su aplicación debe extenderse a terceros no responsables del delito, pues la complejidad de los delitos económicos actuales suele casi siempre utilizar mecanismos de ocultamiento de las ganancias ilícitas mediante transferencia de recursos a terceros, principalmente, personas

jurídicas.

5. Su procedimiento debe ser autónomo. Parece más acertado imponer el comiso de ganancias en un procedimiento separado, ya sea de carácter accesorio o independiente del proceso penal principal. Este procedimiento permitiría imponer el comiso una vez constatada una situación patrimonial ilícita como consecuencia de un hecho ilícito, siendo aplicable en aquellos casos de infracciones penales que no conlleven a la condena de una persona.
6. Para la eficacia del comiso será necesario contemplar una buena medida de aseguramiento de los bienes y ganancias decomisables antes de que se produzca la sentencia definitiva, mediante medidas cautelares reales. Deberá diseñarse un sistema de administración cautelar que no signifique una carga adicional para el erario y que además sirva para que estos bienes sean o continúen siendo productivos y generando empleo. En otras palabras, que su custodia y conservación se autofinancie y adicionalmente pueda generar unos excedentes a favor del Estado o, si es del caso, para el legítimo propietario en el evento en que se orden judicialmente su devolución, tal como plantea el profesor Manuel Restrepo³⁴¹.
7. Desarrollar mecanismos de cooperación y asistencia judicial internacionales que permitan solicitar a terceros Estados la incautación con fines de comiso de bienes que se encuentren en sus territorios, y una vez decretada la medida, la transferencia de la propiedad al Estado requirente o su venta y el traslado del producto a éste último.
8. La aplicación del comiso de ganancias no requerirá la condena de un sujeto para decretarlo.

La legislación chilena al considerar que el comiso constituye una pena accesorio, y que por lo tanto su imposición requiere la declaración de culpabilidad del sujeto mediante una sentencia, no sirve para luchar contra el fenómeno del crimen organizado y contra los delitos de cuello blanco.

Como sostiene el profesor Antonio Bascuñán R., el derecho penal chileno no es capaz de absorber el delito empresarial: no hay una regla general de responsabilidad penal de la persona jurídica, no hay multas adecuadas en su cuantía ni en su modo de determinación, ni hay comiso de ganancias operativo³⁴².

³⁴¹ Cfr. RESTREPO, Manuel. *loc. cit.*

³⁴² BASCUÑÁN R., Antonio. *loc. cit.*

Esta impunidad de los delitos económicos y tratamiento privilegiado que gozan los empresarios que cometen delitos no se enmarca en una desidia general del legislador en la actualización del Derecho penal, sino que se ha optado por este tratamiento privilegiado³⁴³.

La voluntad política necesaria para erradicar este tratamiento privilegiado con los delitos económicos implicará una regulación de *lege ferenda* sobre el comiso de ganancias, como norma de derecho público que reconozca su fundamento en el principio de enriquecimiento injusto, y permita efectivamente restablecer las situaciones patrimoniales ilícitas, transformándose – tal como lo es en el derecho comparado – en un arma efectiva contra la criminalidad organizada y los delitos de cuello blanco, pero también transformándose en una herramienta que permita subsanar aquellas situaciones en que se produzcan ganancias ilícitas derivadas de un hecho ilícito.

³⁴³ WINTER, Jaime. *op. cit.*, 93p.

BIBLIOGRAFÍA

ABELIUK, René. Las Obligaciones. Santiago, López-Viancos, 1971.

AGUADO, Teresa. 2003. La regulación del comiso en el proyecto de modificación del Código penal. [en línea] Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Universidad de Sevilla, disponible en: <<http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05-04.pdf>> [consulta: 10 abril 2016].

AGUIAR LOZANO, Hugo. 2010. Tratado sobre la teoría del enriquecimiento injustificado o sin causa en el derecho civil de las obligaciones [en línea] www.eumed.net/libros-gratis/2010c/748/index.htm [consulta: 05 febrero 2016]

ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, José. El enriquecimiento sin causa. Granada, Comares, 1993.

ANANÍAS, Ignacio. El comiso de ganancias en el Código Penal chileno. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2012.

_____, I. El comiso de ganancias. Revista de Estudios de la Justicia (21): 155-196, 2014.

ARGUELLO, Luis R. Manual de derecho romano. Historia e instituciones. 3ª ed. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2002, pp. 348-349.

ARIAS RAMOS, J. 1944. Entorno a la génesis del enriquecimiento sin causa. *Revista de Legislación y Jurisprudencia* (2).

BAJO F., Miguel. BACIGALUPO, Silvina. Derecho Penal Económico. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2001.

BARROS B., Enrique. Restitución de ganancias por intromisión en derecho ajeno, por incumplimiento contractual y por ilícito extracontractual. Madrid, 2009.

BASCUÑÁN R., Antonio *et ál.* ¿Cárcel para la colusión? Seis opiniones. Punto de Referencia, N° 409, agosto 2015. Edición online. Disponible en:

http://www.cepchile.cl/dms/archivo_6023_3751/pder409_RBergoeing-LSierra.pdf [consulta: 20 de mayo 2016].

BASOZABAL, Xabier. Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno. Madrid, Ed. Civitas, 1998.

BERNEDO, Patricio. *Historia de la libre competencia en Chile*. Santiago, Fiscalía Nacional Económica, 2014.

BIRKS, Peter. Enriquecimiento Injusto. Traducido por Daniela Arce, Daniela Castillo y Felipe De Marinis. 2011. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

BLANCO, Isidoro. El delito de blanqueo de capitales. Comisión Interamericana para el Control contra el Abuso de Drogas. Navarra, Ed. Aranzadi, 2002.

_____. La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos de obra pública obtenidos mediante soborno de funcionarios públicos. *Revista de Estudios Penales y Criminológicos* (27): 39-75, 2007.

_____. Comiso ampliado y presunción de inocencia. En: PUENTE ABA, Luz. ZAPICO B., Mónica. RODRÍGUEZ M., Luis. Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal. Granada, Editorial Comares, 2008.

BUSTOS R., Juan. HORMAZABAL M., Hernán. Lecciones de Derecho Penal. Volumen I. Madrid, Editorial Trotta S.A., 1997.

CAFFARENA, Elena. 1926. El enriquecimiento sin causa a expensas de otro en el derecho civil Chileno. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

CASTILLO, Marcelo. El comiso como instrumento para la recuperación de activos producto de la corrupción: su desaprovechada reforma mediante Ley Orgánica 5/2010. En: Zúñiga, Laura, GORJÓN, María C., FERNÁNDEZ, Julio. La Reforma Penal de 2010. Salamanca, Ed. Ratio Legis, 2011.

CEREZO D., Ana Isabel. Análisis jurídico-penal de la figura del comiso. Comares, Granada, 2004.

CHOCLÁN M., José Antonio. El patrimonio criminal. Comiso y Pérdida de la Ganancia. Madrid, Ed. Dykinson, 2001.

COMISIÓN FORO PENAL. 2005. Anteproyecto de Código Penal Chileno de 2005. Revista Política Criminal (1): 1-92.

CORTE SUPREMA, Oficio N° 52-2015, Informe Proyecto de Ley 14-2015, 28 de abril de 2005.

CURY, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 8ª ed. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005.

DE CASTRO, Sergio. MÉNDEZ, Juan Carlos. El Ladrillo: bases de la política económica del gobierno militar chileno. Santiago, Centro de Estudios Públicos, 1992.

DE LA CÁMARA, Manuel. Enriquecimiento injusto y enriquecimiento sin causa. En: DE LA CAMARA, Manuel. DÍEZ-PICAZO, Luis. Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa. Madrid, Ed. Civitas, 1988.

DÍEZ-PICAZO, Luis. La doctrina del enriquecimiento injustificado. En: DE LA CAMARA, Manuel.

DÍEZ-PICAZO, Luis. Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa. Madrid, Ed. Civitas, 1988.

DÍEZ-PICAZO, Luis. GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. II. Madrid, Tecnos, 2001.

DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. 6ª ed. Madrid, Civitas, 2007.

ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal*. 3ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998. Tomo II.

FÁBREGA, Jorge. El enriquecimiento sin causa. Colombia, Plaza & Janes, 1996. Vol.1.

FARALDO C., Patricia. El comiso en relación con los delitos de tráfico de drogas. En: Anuario da facultade de Dereito da Universidade da Coruña. Coruña, Servicio de Publicacións Universidade da Coruña, Nª 2, 1998.

FIGUEROA, Renzo. 2010. La incautación, destinación y comiso en la Ley 20.000. *Revista Jurídica del Ministerio Público* (44): 134.

FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo. El patrimonio. 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

FOUCAULT, Michel. Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión. Traducido por Aurelio Garzón. 1ª ed. Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2002.

FRIED, Charlies. La Obligación Contractual, El Contrato como Promesa. Traducido por Pablo Ruiz Tagle Vial y colaboración de Rodrigo Correa González. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996.

FUEYO LANERI, Fernando. Instituciones de Derecho Civil Moderno. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990.

GARRIDO, Mario. Derecho Penal. Parte General. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001. Tomo I.

GRACIA MARTIN *et ál.* Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito. Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

GRACIA MARTIN, Luis. Lecciones de consecuencias jurídicas del delito. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2004.

_____. 2016. Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica. [en línea] *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Universidad de Sevilla, pp. 1-95, disponible en: <<http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-05.pdf>> [consulta: 01 septiembre 2016].

GRISOLÍA, Francisco. Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica. Secretariado Ejecutivo. Código Penal Tipo para Latinoamérica. Parte General. Tomo I. Antecedentes, textos anotados, ponencias, acuerdos, índices. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1973.

GUZMÁN BRITO, Alejandro. Derecho Romano Privado. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001. Tomo I.

GUZMÁN D., José. La pena y la extinción de la responsabilidad penal. Primera Parte. Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2009.

HERNÁNDEZ, Héctor. “*Comentario al artículo 31 CP*”. En: COUSO, Jaime. HERNÁNDEZ, Héctor. Código Penal comentado. Parte General. Doctrina y jurisprudencia. Santiago, Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile. Universidad Diego Portales, 2011.

JESCHECK, Hans-Heinrich. WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Traducido por Miguel Olmedo. 5ª edición renovada y ampliada. Granada, Editorial Comares S.L., 2002.

KINDHÄUSER, Urs. Pena y Culpabilidad en el Estado Democrático de Derecho. 2ª ed. Montevideo y Buenos Aires, BdF, 2011.

LABATUT, Gustavo. Derecho Penal. 4ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1963. Tomo I.

MANZANARES S. José Luis. Las penas patrimoniales en el Código Penal Español. Tras la Ley Orgánica 8/1983. Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1983.

_____. Código Penal (Adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Comentarios y jurisprudencia. Granada, Editorial Comares, 2010. Tomo I, Parte General.

MAPELLI, Borja. Las consecuencias accesorias en el Nuevo Código Penal. *Revista Penal* (1): 43-54, 1998.

MIR PUIG, Santiago (2004). Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (6): 01-17. 4p. Disponible en: [<http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf>]

NACIONES UNIDAS. Prevención del delito y la justicia penal en el contexto de desarrollo: realidades y perspectivas de la cooperación internacional. *Revista internacional de política criminal* (41-42): 1-22, 1993.

NOVOA MONREAL, Eduardo. *El derecho de propiedad privada*. Bogotá, Temis, 1979.

_____. *Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General*. 3ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005. Tomo II.

OSSANDON W., Magdalena. 2008. El delito de receptación aduanera y la normativización del dolo. *Revista Ius et Praxis* [online] Vol.14, n.1 <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122008000100003&lng=es&nrm=iso> [consulta: 26 enero 2016]

PEÑAILILLO, Daniel. 1996. El enriquecimiento sin causa. Principio de derecho y fuente de obligaciones. *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción (200).

PÉREZ B., Ricardo. *Determinación de la naturaleza jurídica del decomiso. Su incidencia sobre el alcance objetivo y subjetivo de la medida*. Montevideo, Ministerio de Economía y Finanzas del Uruguay, 2011.

POLITOFF Lifschitz, Sergio. *Texto y comentario del Código Penal chileno. Libro Primero-Parte General. Artículos 1º al 105*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, Tomo I.

PUENTE ABA, Luz (2003). La nueva regulación del comiso en el Proyecto de Ley Orgánica, de 5 de mayo de 2003, por el que se modifica el Código Penal. En: *Actualidad Penal* (39): 981-1008.

_____. *La regulación del comiso en el Código Penal español*. Buenos Aires, Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho penal económico, 2009.

RAMÓN RIBAS, Eduardo. *La transformación jurídica del comiso: de pena a consecuencia accesoria*. En: *Estudios penales y criminológicos*. Santiago de Compostela, Servizo de publicación, 2002.

RESTREPO, Manuel. *El comiso: análisis sistemático e instrumentación cautelar*. Bogotá, Editorial Universitaria del Rosario, 2007.

RODRÍGUEZ, Luis. DE LA FUENTE, Felipe (1989). El Principio de Culpabilidad en la Constitución de 1980. En: Revista de Derecho PUCV (13).

ROSENBLUT, Verónica. El denominado caso “Schwager”: Análisis de histórica condena por uso de información privilegiada y manipulación bursátil. Revista Jurídica del Ministerio Público (46): 185-212.

ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducido de la 2ª edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña *et ál.* Madrid, Ed. Civitas, 1997. Tomo I.

SILVA S., Jesús. La expansión del Derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades posindustriales. 2ª Edición. Madrid, Civitas, 2001.

_____. La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del Art. 129 del Código penal español. En: GARCÍA, Percy. La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes. Lima, ARA Editores, 2002.

SUÁREZ C., Christian. Análisis constitucional y legal de las penas de confiscación y comiso en el Código Penal y en la ley de estupefacientes. En: POLITOFF, Sergio. MATUS Acuña, Jean. Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes. Santiago, Editorial Jurídica Conosur Ltda., 2000.

TORINO, Enrique. Enriquecimiento sin causa: contribución a su estudio: seminario de derecho civil. Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 1928.

TOSO MILOS, Ángela. 2008. Blanqueo de capitales. Su prevención en el ordenamiento jurídico chileno. *Rev. Chil. Derecho* [online]. Vol. 35, n.3 <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372008000300002&Ing=es&nrm=iso> [consulta: 07 febrero 2016]

VARGAS G., Patricia. 2012. El Comiso del Patrimonio Criminal. Tesis Doctoral. Salamanca, Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho.

VERA, Alejandra. El Comiso y los Terceros. *Revista Jurídica del Ministerio Público* (39): 120.

VILLAVICENCIO T., Felipe. Derecho Penal. Parte General. Lima, Editorial Grijley, 2006.

WILLIAMS, Rebecca. Unjust Enrichment and Public Law. A comparative study of England, France and the EU. Oxford, Hart Publishing, 2010.

WINTER, Jaime. Derecho Penal e Impunidad Empresarial en Chile. *Revista de Estudios de la Justicia* (19): 91-125, 2013.

ZIMMERMANN, Reinhardt. Estudios de Derecho Privado Europeo. Traducido por Antoni Vaquer. Madrid, Civitas, 2000.

ZUGALDÍA, José Miguel. La admisión de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: Un pilar básico del moderno Derecho penal Económico. *Nuevas Tendencias del Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Lima, ARA Editores, 2005.

LEGISLACIÓN

Actas de la Comisión Constituyente, Sesión N° 113 (10 de abril de 1975).

Anteproyecto de Código Penal de 2005 elaborado por la Comisión Foro Penal.

Anteproyecto de Código Penal de 2013 elaborado por la Comisión para un Nuevo Código Penal.

Boletín 9950-03, que Modifica el decreto con fuerza de ley N° 1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 211, de 1973, que Fija normas para la defensa de la libre competencia, de 19 de marzo de 2015.

Código Civil de Chile. Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del 2000, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la Ley N° 4.808, sobre registro civil; de la Ley N° 17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos; de la Ley N° 16.618, ley de menores; de la Ley N° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley N° 16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones. Ministerio de Justicia, República de Chile, 30 de mayo de 2000.

Código Penal de Chile. Congreso de la República de Chile, 12 de noviembre de 1874.

Código Procesal Penal de Chile. Congreso de la República de Chile, 12 de octubre de 2000.

Constitución Política de la República de Chile. Decreto con Fuerza de Ley N° 100 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Ministerio Secretaría General de la Presidencia, República de Chile, 22 de septiembre de 2005.

Decreto con Fuerza de Ley N° 30 del 2004, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ordenanza de Aduanas. Ministerio de Hacienda, República de Chile, 18 de octubre de 2004.

Decreto con Fuerza de Ley N° 30 del 2004, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ordenanza de Aduanas. Ministerio de Hacienda, República de Chile, 18 de octubre de 2004.

Decreto Ley N° 211 que establece las Normas para la defensa de la libre competencia. Junta de Gobierno, 22 de diciembre de 1973.

Historia de la Ley N° 17.798, Biblioteca del Congreso Nacional, 1972.

Historia de la Ley 18.892, Biblioteca del Congreso Nacional, 1989.

Historia de la Ley 19.913, Biblioteca del Congreso Nacional, 2000.

Historia de la Ley 19.733, Biblioteca del Congreso Nacional, 2001.

Historia de la Ley N° 19.925, Biblioteca del Congreso Nacional, 2004.

Historia de la Ley N° 20.393, Biblioteca del Congreso Nacional, 2009.

Ley N° 15.142 que incluye en su Título V Normas para fomentar la libre competencia industrial y comercial, estableciendo la creación del cargo de Fiscal Nacional Económico. Congreso de la República de Chile, 22 de enero de 1963.

Ley N° 17.798 de Control de Armas. Congreso de la República de Chile, 21 de octubre de 1972.

Ley N° 18.892 de Pesca y Acuicultura. Congreso de la República de Chile, 23 de diciembre de 1989.

Ley N° 19366 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, dicta y modifica diversas disposiciones legales y deroga Ley N° 18.403. Congreso de la República de Chile, 30 de enero de 1995.

Ley N° 19.733 sobre Libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo. Congreso de la República de Chile, 04 de junio de 2001.

Ley N° 19.913 de Lavado y Blanqueo de Activos. Congreso de la República de Chile, 18 de diciembre de 2003.

Ley N° 19.925 de Alcoholes. Congreso de la República de Chile, 19 de enero de 2004.

Ley N° 20.000 de Tráfico Ilícito de Estupefacientes y otras sustancias sicotrópicas. Congreso de la República de Chile, 16 de febrero de 2005.

Ley N° 20.014 que modifica la Ley N° 17.798, sobre Control de Armas. Congreso de la República de Chile, 13 de mayo de 2005.

Ley N° 20.393 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Congreso de la República de Chile, 02 de diciembre de 2009.

Ley N° 20.657 que modifica en el ámbito de la sustentabilidad de recursos hidrobiológicos, acceso a la actividad pesquera industrial y artesanal y regulaciones para la investigación y fiscalización, la Ley General de Pesca y Acuicultura contenida en la Ley N°18.892 y sus modificaciones. Congreso de la República de Chile, 09 de febrero de 2013.

Ley N° 20.813 modifica Ley N° 17.798, de Control de Armas y el Código Procesal Penal. Congreso de la República de Chile, 06 de febrero de 2015.

Ley N° 20.945 que perfecciona el Sistema de Defensa de la Libre Competencia.

Proyecto de Código Penal tipo para Latinoamérica. 1963.

TRATADOS INTERNACIONALES

Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de 20 de diciembre de 1988 (Convención de Viena).

Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, de 15 de noviembre de 2000 (Convención de Palermo).

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 31 de octubre de 2003 (Convención de Mérida).

JURISPRUDENCIA

Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol N° 130-2014. Sentencia de 8 de abril de 2014.

Corte de Apelaciones de Santiago. Rol 992-2010. Sentencia de 22 de noviembre de 2011.

Corte de Apelaciones de Valdivia. Rol N° 431-2013. Sentencia de 17 de septiembre de 2013.

Corte Suprema de Chile. Rol N° 30.099-1993. Sentencia de 31 de octubre de 1994.

Corte Suprema de Chile. Rol N° 297-2009. Sentencia de 17 de noviembre de 2010.

Corte Suprema de Chile. Rol N° 7578-2009. Sentencia de 11 de noviembre de 2011.

Corte Suprema de Chile. Rol N° 7840-2010. Sentencia de 25 de junio de 2012.

Corte Suprema de Chile. Rol N° 2249-2012. Sentencia de 08 de noviembre de 2012.

Corte Suprema de Chile. Rol N° 2025-2012. Sentencia de 14 de diciembre de 2012.

Corte Suprema de Chile. Rol N° 1964-2015,. Sentencia de 11 de agosto de 2015.

Corte Suprema de Chile. Rol N° 27.181-2014. Sentencia de 29 de octubre de 2015.

Corte Suprema de Chile. Rol N° 14281-2015. Sentencia de 26 de enero de 2016.

Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago. RUC N° 050063379-2. Sentencia de 19 de octubre de 2010.

Ministro en Visita de la Corte de Apelaciones de Santiago Manuel Valderrama, Rol N° 1649-2004. Sentencia de primera instancia de 07 de mayo de 2015.

Superintendencia de Valores y Seguros. Resolución N° 247 de 09 de junio de 2006.

Tribunal de Libre Competencia. Rol N° 139-2014. Sentencia de 25 de septiembre de 2014.

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Cour Européene des Droits de l'Homme, M. contra l'Italie, 15 de abril de 1991, núm. 12386/86.

Cour Européene des Droits de l'Homme, Guzzardi c. Italie, 6 noviembre 1980, N° 7367/76

Cour Européene des Droits de l'Homme, Raimondo contre l'Italie, 22 de febrero de 1994, núm. 12954/87.

Cour Européene des Droits de l'Homme, Saveria Donato Prisco contra l'Italie, 15 de abril de 1999, núm. 38662/97.

Cour Européene des Droits de l'Homme, Geerings v. The Netherlands, 1 de marzo de 2007, núm. 30810/03.

European Commission of Human Rights, Peter Welch against the United Kingdom, 15 octubre 1993, núm. 17440/90.

European Commission of Human Rights, Phillips against the United Kingdom, 12 diciembre 2001, núm. 41087/98.

European Commission of Human Rights, Butler against the United Kingdom, 26 junio 2002, núm. 41661/98

OTROS RECURSOS EN LÍNEA

CORRAL, Hernán. El “caso Riggs” (sic) y el comiso de bienes del General Pinochet. 2015. [en línea] <<https://corraltalciani.wordpress.com/tag/comiso-de-ganancias/>> [consulta: 15 abril 2016]

GARIN, Renato. 2013. El caso Inverlink: Diez Años. [en línea] El Mercurio Legal en Internet. 21 de marzo, e 2013. <http://www.academia.edu/3074504/El_caso_Inverlink_Diez_A%C3%B1os> [consulta: 25 abril 2016]

O'HARA, Terence. DAY, Kathleen. 2004. *Riggs Bank Hid Assets Of Pinochet, Report Says*. [en línea] Washington Post en Internet. 14 de julio, 2004. <<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A50222-2004Jul14.html>> [consulta: 24 abril 2016]

PODER JUDICIAL. Máximo tribunal ratifica fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago en el denominado caso Riggs. 2007. [en línea]

http://www.pjud.cl/home?p_p_auth=u24ucOVL&p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_returnToFullPageURL=%2F&_101_assetEntryId=851276&_101_type=content&_101_urlTitle=maximo-tribunal-ratifica-fallo-de-la-corte-de-apelaciones-de-santiago-en-el-denominado-caso-riggs&redirect=http%3A%2F%2Fwww.pjud.cl%2Fhome%3Fp_p_id%3D3%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dmaximized%26p_p_mode%3Dview%26_3_groupId%3D0%26_3_keywords%3Driggs%26_3_struts_action%3D%252Fsearch%252Fsearch%26_3_redirect%3D%252F&inheritRedirect=true
e> [consulta: 5 mayo 2016]