

***EL COMISO SIN CONDENA PREVIA EN LA LEY N°21.577
QUE FORTALECE LA PERSECUCIÓN DE LOS DELITOS DE
DELINCUENCIA ORGANIZADA Y SU COMPATIBILIDAD
CON EL DEBIDO PROCESO***

***CONFISCATION WITHOUT PRIOR CONVICTION IN LAW
NO. 21.577 THAT STRENGTHENS THE PROSECUTION OF
ORGANIZED CRIME OFFENSES AND ITS COMPATIBILITY
WITH DUE PROCESS***

DIVA FRANCESCA SERRA CRUZ*
XIMENA LUZ MARCAZZOLO AWAD**

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objetivo responder la pregunta acerca de si el nuevo procedimiento regulado en el título III bis del Código Procesal Penal, relativo a la imposición del comiso sin condena previa, resulta o no compatible con algunas de las exigencias del debido proceso. Concretamente el estudio se refiere a la presunción de inocencia y el derecho a defensa. Para ello, se realiza una sistematización de la nueva regulación del comiso en el Código Penal, luego de la reforma operada por la Ley 21.577, concluyéndose que el comiso -aun sin condena previa- tiene carácter punitivo, a la luz de una serie de argumentos tanto sustantivos como procesales.

*Abogada, Universidad de Chile. Doctora en Derecho Público, Universidad degli studi di Roma La Sapienza. Académica departamento Derecho Penal, Directora Magíster Derecho Penal y Procesal Penal, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6088-0236>. Correo electrónico: divaserra@udec.cl.

** Abogada. Doctora en Derecho, P. Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile. Master en Derecho Penal, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, España. Profesora de Derecho Penal, Universidad del Desarrollo, Santiago, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3979-973X>. Correo electrónico: xmarcazzolo@udd.cl.

Trabajo recibido el 2 de noviembre de 2023 y aceptado para su publicación el 4 de enero de 2024.

Palabras clave: comiso, naturaleza penal del comiso sin condena previa, debido proceso, imputado, presunción de inocencia, derecho a defensa.

ABSTRACT

The main objective of this work is regard to answer the question about the new procedure regulated in the Title III bis of the Criminal Procedure Code, relating to the imposition of confiscation without conviction, and if it is o not, compatible with some of the rights that belongs to the due process. Specifically, the study refers to the presumption of innocence and the right to defense. To this end, a systematization of the new regulation of confiscation in the Penal Code is carried out, after the reform carried out by Law 21,577. In this context, it is concluded that confiscation, even without a prior conviction, has criminal nature, in light of a series of arguments, both substantive and procedural.-

Keywords: confiscation; legal nature of confiscation without prior conviction, due process of law; Indicted (accused), innocence presumption, right to defense.

I. INTRODUCCIÓN

Para comenzar, antes de concentrarnos en el análisis de las normas pertinentes relacionadas con los aspectos procesales del comiso según las modificaciones incorporadas al ordenamiento nacional por la Ley N°21.577,¹ es relevante tener en consideración que, hasta la entrada en vigencia de dicha Ley, salvo por algunas disposiciones contenidas en estatutos especiales,² en Chile existía una regulación muy limitada del comiso. Así, el Código Penal contemplaba una reglamentación bastante tradicional e insuficiente del comiso como pena accesoria en el artículo 3,1 que indicaba que “toda pena que se imponga por un crimen o simple delito lleva consigo la pérdida de los efectos que de él provenga y de los instrumentos con que se ejecutó, a menos que pertenezcan a un tercero no responsable del crimen o simple delito”.³

A partir del texto de esta disposición se da lugar a algunas relevantes

¹ La Ley N° 21.577 fue publicada en el diario oficial el 15 de junio de 2023, modificando el Código Penal y Procesal Penal con el objetivo de fortalecer la persecución de los delitos de delincuencia organizada, establecer técnicas especiales para su investigación y robustecer el comiso de ganancias.

² La referencia es a las leyes N° 19.913, N° 20.000 (especialmente tras su modificación por la ley N° 21.575 de 23 de mayo de 2023) y N° 20.393.

³ El precepto indicado nunca sufrió modificaciones hasta la Ley N° 21.577 del año 2023.

conclusiones, por ejemplo, que el comiso así tratado recaía únicamente sobre los efectos e instrumentos del delito y que se encontraba absolutamente vetada la posibilidad de decretarlo respecto de un tercero que no haya sido declarado responsable de un crimen o simple delito. Es decir, se trataba de una norma que no se adecuaba a la institución moderna del comiso tal como lo entiende la ciencia penal contemporánea, toda vez que no permitía la recuperación de activos que excedieran lo que puede catalogarse como efecto o instrumento.⁴

En este sentido, resulta fundamental tener a la vista que la doctrina más especializada,⁵ influida por diversos instrumentos internacionales en materia de lucha contra el crimen organizado,⁶ distingue al menos entre el decomiso penal que puede ser a su vez sobre los efectos e instrumentos, sobre las ganancias, por equivalencia y el decomiso de activos, también conocido como decomiso civil, decomiso *in rem* o decomiso objetivo, que es en realidad, una acción contra el activo mismo y no contra un individuo.⁷ Se trataría en realidad de “una acción separada de cualquier proceso penal y requiere prueba de que la propiedad esté manchada”.⁸ Su finalidad consiste en mitigar el enriquecimiento que implica la comisión de delitos para quienes sean declarados responsables, pero también para aquellos terceros beneficiarios aun cuando no les afecte directamente la condena penal. Este objetivo resulta particularmente consistente en materia de criminalidad organizada, en la que la actividad ilícita persigue el enriquecimiento de sus miembros.⁹

⁴ Por efecto del delito se entienden “los objetos sobre los que recayó el delito o sus productos” y por instrumento “los elementos materiales de que se haya valido el delincuente para su comisión”, véase en este sentido, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, *Manual de Derecho Penal chileno. Parte General*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 598. Por su parte, NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de Derecho Penal chileno, parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, 3° edición, T. II., p. 344, indica que deben considerar efectos las cosas materiales que han resultado del hecho punible (por ejemplo, moneda falsa, armas prohibidas) e instrumentos, las cosas, herramientas o utensilios de que el delincuente se valió para perpetrar el hecho (por ejemplo, llaves falsas). En sentido similar, BUSTOS, Juan, *Manual de Derecho Penal, parte general*, Ariel Derecho, Barcelona, 1989, 3° edición, p. 392. Además, se ha puesto de manifiesto que el tratamiento de las penas pecuniarias en nuestro ordenamiento jurídico es bastante exiguo, así ANANÍAS, Ignacio, “El comiso de ganancias”, *Revista de Estudios de la Justicia*, 2014, N° 21, p. 154.

⁵ Al respecto véase VALERO, Luis Hernando, “Los bienes equivalentes y el riesgo de confiscación en la ley de extensión del dominio y en el comiso penal”, *Revista Via Iuris*, 2009, N°6, pp. 71 y ss.

⁶ *Convención de Naciones Unidas sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, suscrito en Viena en 1988 y *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* firmada el año 2000 en Palermo, Italia.

⁷ Véase en este sentido, GREENBERG, Theodore; SAMUEL, Linda; GRANT, Wingate; GRAY, Larissa *Recuperación de activos robados. Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*, Banco Mundial, Washington DC. – Bogotá, 2009, 10 p.

⁸ GREENBERG *et al.*, cit. (n. 7), p. 11.

⁹ En este sentido véase PLANCHADELL, Andrea; VIDALES, Caty, “Decomiso: cometario crítico desde una

De acuerdo a estas consideraciones, la idea de ampliar la utilización de la sanción del comiso es reaccionar frente a la constatación, cada vez más evidente, de que “mediante la criminalidad económica se obtenían provechos económicos cada vez más cuantiosos, que son reintroducidos en el mercado formal”.¹⁰ Sin embargo, la incorporación de una nueva institución, y por ello, de una nueva regulación, genera diversas preguntas que se intentarán responder a la luz de lo que quedó plasmado en la legislación. Así, es importante tener presente que el artículo 20 del Código Penal, reformado por la Ley N° 21.577, indica que el comiso no se reputa pena,¹¹ lo que podría entenderse vinculado con el propósito de impedir la obtención de beneficios incluso en aquellos casos en que no se pruebe el delito.

Todavía, que no se repunte pena no implica que se niegue al comiso, su carácter penal, tal como se intentará demostrar en este trabajo, precisamente con el objetivo de evidenciar que si el estatuto recientemente incorporado podría afectar el derecho al debido proceso.

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

Es evidente que el seguimiento de las ganancias busca desincentivar la comisión futura de nuevos delitos por medio de la afectación patrimonial a la estructura de financiamiento de las organizaciones delictivas. Es decir, tal como sugiere BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, se espera “garantizar que el delito no resulte provechoso”.¹²

perspectiva constitucional”, *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, 2018, Vol. XXXVIII, p. 39.

¹⁰ ANANÍAS, cit., (n. 4), p. 154.

¹¹ Esto, de acuerdo con lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 20 del Código Penal, reformado por la ley 21.577, ahí donde indica que “Tampoco se reputa pena el comiso de las ganancias provenientes del delito, ni cualquier forma de comiso sin condena prevista por la ley”.

¹² BERDUGO, Ignacio, “Garantizar que el delito no resulte provechoso. El decomiso ampliado como medio de la política criminal frente a la corrupción”, En Silva Sánchez, Jesús María; Queralt Jiménez, Joan Josep; Corcoy Bidasolo, Mirentxu; Castiñeira Palou, María Teresa (Coords.), *Estudios de derecho penal, Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2017, pp. 903-948. En el mismo sentido: PUEYO, Jesús, “La nueva regulación del comiso en el Código Penal”, *Cuadernos penales José María Lidón: La ejecución de penas*, N° 15, Deusto, Bilbao, 2019, p. 121; JIMÉNEZ, Rafael;

En este contexto, el legislador chileno ha mostrado una preocupación por fortalecer la regulación del comiso, ampliándolo respecto de las ganancias, sumas equivalentes e incluso autorizando que este pueda decretarse sin condena previa. Esto no solo se constata en la recientemente aprobada Ley N° 21.577, con anterioridad se habían agregados reglas sobre comiso ampliado también en la Ley N° 19.913 sobre lavado y blanqueo de activos,¹³ en la Ley N° 20.000 sobre tráfico de drogas¹⁴ y en la Ley N° 20.393 que regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas.¹⁵ Sin embargo, la Ley N° 21.577 que persigue perfeccionar la regulación nacional en materia de comiso, reformula completamente el artículo 31 del Código Penal, incorporando además los artículos 31 bis y 31 ter, con el objetivo de regular más detalladamente qué debe entenderse por instrumento y por efecto del delito. En el mismo sentido, agrega los nuevos artículos 24 bis y 24 ter con el fin de indicar, en el primer caso, que el comiso de las ganancias provenientes del delito resultará aplicable en toda sentencia condenatoria en materia criminal sin distinción, y en el segundo, que las ganancias se perseguirán incluso si se encuentran en manos de quien no ha intervenido en la perpetración del hecho.¹⁶

Para completar el panorama actualmente vigente, la Ley N° 21.595 introduce en su título III una serie de reglas especiales en materia de comiso, especialmente aplicable a los delitos económicos,¹⁷ y una modificación al artículo 24 bis del Código Penal, con el objetivo de cambiar al destinatario del comiso de ganancias. Así, mientras el artículo original indicaba que los activos patrimoniales debían transferirse a la Corporación Administrativa del Poder Judicial, la reforma dispone que lo obtenido será transferido al Fisco. Además, se reforma el inciso final del artículo que aludía a que, si un mismo bien podía ser objeto de comiso conforme a este artículo y conforme a los artículos 31, 31 bis y 31 ter, sólo se aplicaría lo dispuesto en este artículo, para reemplazarlo por la expresión genérica ‘conforme a las disposiciones de este Código’, lo que demuestra que el legislador se ha puesto en el escenario de seguir incorporando reglas especiales en la materia.

URBINA, Emilio, *El comiso autónomo y la extinción de dominio en la lucha contra la corrupción*, Ediciones Olejnik, Santiago, 2021, 2° edición, p. 28, quienes conceptualizan el comiso como una herramienta que busca que el coste esperado por el delincuente sea mayor que las ganancias racionalmente previstas.

¹³ El artículo 33 letra d) de la Ley N° 19.913 que Crea la Unidad de Análisis Financiero y Modifica Diversas Disposiciones en Materia de Lavado y Blanqueo de Activos, hace aplicable a los delitos de lavado de dinero las disposiciones de la Ley N° 20.000 en materia de comiso de especies.

¹⁴ Artículo 45 de la Ley N° 20.000, que sustituye la Ley N° 19.366, que Sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas

¹⁵ Véase el artículo 13 N° 2 de la Ley N° 20.393.

¹⁶ Esto, de acuerdo con lo indicado en el art. 24 ter, siempre y cuando se verifique alguna de las circunstancias contenidas en los numerales 1, 2, 3 y 4 de la misma disposición.

¹⁷ Las reglas mencionadas se encuentran en los artículos 40 al 47 de la ley 21.595 de delitos económicos.

Ahora bien, es conveniente tener presente que todas las leyes especiales mencionadas, si bien contienen reglas vinculadas con el comiso extendido, esto se regulaba con una intensidad disminuida si lo comparamos con la nueva normativa incorporada a propósito del combate a la delincuencia organizada. Por ello no es de extrañar que una de las grandes novedades del nuevo comiso se verifique en materia procesal. Así, la Ley N° 21.577 modifica tanto el artículo 157 del Código Procesal Penal en materia de comiso cautelar, como el artículo 259 del mismo Código para incorporar reglas relacionadas con el comiso en el caso de que el Fiscal lo requiera en la acusación. Además, reforma el artículo 348 y agrega un nuevo artículo 348 bis para establecer el procedimiento que en caso de comiso de ganancias. Finalmente, el comiso sin condena previa y su procedimiento se consignan en los artículos 415 bis a 415 *nonies*, todo lo que amerita un estudio detallado desde la perspectiva de su compatibilidad con el debido proceso. De particular relevancia es la condición en la que comparece el sujeto pasivo de este procedimiento y los derechos que se le reconocen en cuanto tal.

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

II. PARALELO SUSTANTIVO ENTRE LAS DIVERSAS REGULACIONES DEL COMISO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

Tal como hemos explicado brevemente en la introducción, diversas son las leyes que en el último tiempo han incorporado reglas especiales en materia de comiso, dejando atrás la escueta regulación contenida en el artículo 31 del Código Penal. Dicho artículo indicaba que toda pena que se impusiera por un crimen o simple delito llevaba consigo la pérdida de los efectos que de él provinieren y de los instrumentos con que se ejecutó, sin mayores especificaciones, salvo por la indicación final relacionada con la exclusión de la pena de comiso en caso que los instrumentos o efectos pertenecieran a un tercero no responsable del crimen o simple delito, cuestión que la nueva regulación cambia del todo. Esto último, no solo

por la modificación del propio artículo 31 y la incorporación de los artículos 31 bis y ter, sino especialmente porque el estatuto de ordenación del comiso ha transitado desde una regulación distribuida en dos artículos bastantes sencillos, el antiguo 31 y el artículo 500¹⁸ no modificado, a un nuevo estatuto complejo y distribuido en una serie de reglas generales aplicables a todos los casos que convivirán con algunos estatutos especiales dirigidos a fenómenos delictuales particulares, que no conforman necesariamente un todo articulado, cuestión sin embargo que no podremos abordar del todo, concentrándonos en las reglas generales y las especiales incorporadas por medio de la nueva Ley N° 21.577 y aplicables únicamente a las asociaciones ilícitas y criminales.

2.1. La regulación del comiso en la parte general del Código Penal chileno luego de las modificaciones introducidas por la Ley N° 21.577

La primera modificación a la regulación general del comiso se realiza mediante la Ley N° 21.577. Esta, implicó una reformulación total del artículo 31 del Código Penal, junto a una incorporación de los nuevos artículos 31 bis y 31 ter, destinados a sistematizar los aspectos principales vinculados con la pena de comiso de los efectos que provengan del delito y los instrumentos con que se ejecutó el mismo. Además, se regula en los nuevos artículos 24 bis y 24 ter el comiso de ganancias, mediante el cual se priva a una persona de los activos patrimoniales obtenidos a través del delito, o bien para o por perpetrarlo.

En este sentido, la primera cuestión que debemos tener presente es que los nuevos artículos 31, 31 bis y 31 ter definen ambos conceptos, permitiendo superar el concepto doctrinario que consideraba efectos del delito “los objetos sobre los que recayó el delito o sus productos”¹⁹ e instrumentos “los elementos materiales de que se haya valido el delincuente para su comisión”.²⁰ A partir de la reforma, el Código Penal distingue en el caso de los instrumentos, entre cosas especialmente aptas para ser empleadas delictivamente²¹ y cosas que no sean especialmente aptas para ser utilizadas delictivamente, pero que han servido de instrumento en la perpetración de un delito. Por su parte, se definen los efectos como toda cosa

¹⁸ El artículo referido contiene la regulación del comiso de los instrumentos y efectos para el caso de las faltas. Dicho precepto indica que, en este caso, lo decretará el tribunal a su prudente arbitrio según los casos y circunstancias. Se trata de un artículo que no ha sufrido modificaciones.

¹⁹ MATUS y RAMÍREZ, cit. (n. 4), p. 598.

²⁰ MATUS y RAMÍREZ, cit. (n. 4), p. 598.

²¹ De acuerdo con lo establecido en el art. 31 deberá entender por cosa especialmente apta para ser empleada delictivamente aquellas cosas cuya tenencia o porte se encuentra en general prohibida por la ley.

obtenida o producida a través de la perpetración del hecho.

La misma Ley N° 21.577 incorpora los nuevos artículos 24 bis y 24 ter al Código Penal con el objetivo de regular el comiso de ganancias. El primero de estos artículos declara que el comiso de las ganancias provenientes del delito resultará aplicable en toda sentencia condenatoria en materia criminal sin distinción, mientras el segundo regula el comiso de las ganancias en caso de que estas se encuentren en manos de quien no ha intervenido en la perpetración del hecho, siempre y cuando se verifique alguna de las circunstancias contenidas en los numerales 1, 2, 3 y 4 de la misma disposición.

Finalmente, en lo que dice relación con las normas de alcance general, se modifica el inciso final del artículo 20, el que dispone expresamente que no se reputa pena el comiso de las ganancias provenientes del delito, ni cualquier forma de comiso sin condena previa prevista por la ley, cuestión que resultara del todo relevante a la hora de intentar descifrar el estatuto aplicable a todos los casos de comiso sin condena.

2.2. La regulación del comiso aplicable a las asociaciones delictivas y criminales contenido en los artículos 294, 294 bis y 294 ter

La segunda cuestión sobre la que resulta fundamental reparar, es que la nueva regulación del comiso no se agota en las reglas generales que se modifican o incorporan en el Código Penal. Muy por el contrario, en la medida que la Ley persigue como objetivo fortalecer la persecución de los delitos de delincuencia organizada, esta introduce una serie de reglas aplicables únicamente en los casos de asociaciones delictivas y criminales. Estas reglas regulan no solo el comiso de ganancias con y sin condena previa en los artículos 294 y 294 bis, sino también el comiso de activos en el inciso 3 del art. 294 y el comiso por equivalencia como consecuencia adicional a la pena en el artículo 294 ter.

En este sentido, señala, en primer lugar, que en todo caso se impondrá el comiso de ganancias, de conformidad con lo establecido en el artículo 24 bis del Código Penal, es decir, se replica la regla ahí contenida. Sin embargo, el mismo artículo 294 agrega que caerán en comiso todos los activos vinculados a la actividad en cuyo contexto se haya perpetrado el delito, a menos que se acredite su origen lícito, señalando que este comiso será impuesto en conformidad con los procedimientos establecidos por la ley.

A continuación, el artículo 294 bis regula el comiso de ganancias obtenidas por una organización delictiva o criminal, aun cuando no exista condena. De este modo, de acuerdo con el contenido literal de los artículos 294 y 294 bis podemos afirmar que la diferencia entre ambas normas es que la primera regula los casos de comiso de ganancias cuando existe una condena contra la organización y el segundo a los casos en que debe decretarse el comiso de ganancias aún en ausencia

de condena, siempre y cuando se trate de hipótesis que no excluyen la ilicitud del hecho, quedando fuera el caso contenido en el artículo 250 letra a) del Código Procesal Penal, es decir, aquel en que se dicte sobreseimiento definitivo cuando el hecho investigado no fuere constitutivo de delito.

En consecuencia, las hipótesis por las que procede el comiso de ganancias sin condena previa son las siguientes:

1. El sobreseimiento temporal conforme a las letras b) y c) del inciso primero,²² y el inciso segundo del artículo 252 del Código Procesal Penal.²³

2. El caso en que se dicta sentencia absolutoria fundada en la falta de convicción a que se refiere el artículo 340 del Código Procesal Penal o sobreseimiento definitivo fundado en la letra b) del artículo 250 del mismo Código.²⁴

3. Cuando el sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria fundados en la concurrencia de circunstancias eximentes de responsabilidad que no excluyen la ilicitud del hecho.

4. Por último, el caso del sobreseimiento definitivo o la sentencia absolutoria fundados en haberse extinguido la responsabilidad penal o en haber sobrevenido un hecho que, con arreglo a la ley, pone fin a esa responsabilidad.

Del mismo modo, el artículo 294 bis indica que el comiso de ganancias sin condena previa también se impondrá también respecto de aquellas personas que no han intervenido en la realización del hecho ilícito que se encontraren en cualquiera de las circunstancias señaladas en el artículo 24 ter. Esto quiere decir que se aplicará también a quien no ha intervenido en la perpetración del hecho, si: (i) adquirió la ganancia como heredero o asignatario testamentario, a cualquier título gratuito o sin título válido, a menos que la haya adquirido del mismo modo de un tercero, (ii) obtuvo la ganancia mediante el hecho ilícito y los intervinientes en la perpetración del hecho actuaron en su interés, (iii) si adquirió la ganancia sabiendo o debiendo saber su procedencia ilícita al momento de la adquisición, (iv) se trata de una persona jurídica, que ha recibido la ganancia como aporte a su patrimonio.²⁵

Desde el punto de vista procedimental, el artículo 294 bis agrega que el comiso de ganancias sin condena previa será impuesto, sin distinción, de

²² Esto es, cuando el imputado no compareciere al procedimiento y fuere declarado rebelde, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 99 y siguientes, o cuando, después de cometido el delito, el imputado cayere en enajenación mental, de acuerdo con lo dispuesto en el Título VII del Libro Cuarto del Código Procesal Penal.

²³ El artículo hacer referencia al caso en que el acusado no hubiere comparecido a la audiencia del juicio oral y hubiere sido declarado rebelde de conformidad a lo dispuesto en los artículos 100 y 101 del Código Procesal Penal.

²⁴ La letra citada del artículo 250 se refiere al caso en que apareciere claramente establecida la inocencia del imputado.

²⁵ Se trata de las hipótesis reguladas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 24 ter.

conformidad con el procedimiento especial previsto en el Título III bis del Libro IV del Código Procesal Penal, titulado “Procedimiento relativo a la imposición de comiso sin condena previa”, aspecto sobre el que volveremos en el capítulo III de este trabajo.

Para concluir, el artículo 294 ter regula las hipótesis de comiso sustitutivo y comiso por equivalencia, indicando que cuando la cosa usada como instrumento por una organización delictiva o criminal o que resulte de dichos delitos sea dinero o haya sido enajenada, perdida u ocultada, el juez deberá imponer el comiso sustitutivo por un valor equivalente.

En este caso, a diferencia de lo que ocurre en el comiso de ganancias sin condena previa, la ley dispone que el comiso sólo procederá como consecuencia adicional a la pena e indica que el Ministerio Público deberá solicitar la aplicación del comiso por valor equivalente en la oportunidad procesal prevista para solicitar el comiso de ganancias, y la discusión sobre el monto del valor equivalente²⁶ tendrá lugar en la oportunidad procesal prevista para la determinación de la magnitud del comiso de ganancias. Esto significa que el procedimiento para perseguir el comiso por equivalencia es el mismo que debe utilizarse para el comiso de ganancias, es decir, el procedimiento especial previsto en el Título III bis del Libro IV del Código Procesal Penal, titulado “Procedimiento relativo a la imposición de comiso sin condena previa”.²⁷

*2.3. Paralelo entre la regulación del comiso como regla general y el comiso aplicable a las asociaciones delictivas y criminales*²⁸

Como podemos ver, teniendo a la vista únicamente el Código Penal, podemos afirmar que este regula actualmente tres regímenes distintos de comiso. Uno de aplicación general contenido en los artículos 24 bis y ter, vinculado con el comiso de ganancias; otro que reemplaza al antiguo comiso, regulado en los artículos 31, 31 bis y 31 ter, que abarca el comiso de los instrumentos especialmente aptos para ser utilizados delictivamente, los instrumentos no aptos para serlo y los efectos del delito; y finalmente, el comiso aplicable a los casos de asociación delictiva y asociación criminal de los artículos 294, 294 bis y 294 ter, existiendo algunas reglas reiteradas que nos obligan a sistematizar el articulado mencionado.

Comencemos por analizar el contenido del inciso final del artículo 20 del

²⁶ En relación con el monto del valor equivalente, el mismo artículo 294 ter indica que no podrán descontarse los gastos que han sido necesarios para perpetrar el hecho y que el valor equivalente se extenderá, asimismo, a los frutos o utilidades de los efectos del hecho.

²⁷ Título conformado por los artículos 415 bis a 415 nonies.

²⁸ Para ver un esquema sistematizado de los distintos tipos de comiso según el régimen, véase anexo 1.

Código Penal, ahí donde indica que “tampoco se reputa pena el comiso de las ganancias provenientes del delito, ni cualquier forma de comiso sin condena prevista por la ley”,²⁹ Pues de aquí deriva una primera diferencia entre el comiso establecido como pena y el comiso que no se reputa tal.

En este sentido, podemos afirmar que tanto el artículo 24 bis como el artículo 24 ter al regular el comiso de ganancias, en el primer caso para toda sentencia condenatoria y en el segundo caso en contra de terceros que no han intervenido en la comisión de delitos, contienen casos de comiso que no se reputarían penas. Esto explicaría la ubicación de los preceptos exactamente a continuación del artículo 24 que indica que toda sentencia condenatoria en materia criminal lleva envuelta la obligación de pagar las costas, daños y perjuicios por parte de los autores, cómplices, encubridores y demás personas legalmente responsables, obligaciones -todas- no constitutivas de pena.

Por su parte, los artículos 31, 31 bis y 31 ter regulan casos de comiso que podremos considerar ‘pena’ si se dirigen contra el condenado, o bien, que de acuerdo con el contenido del artículo 20 CP ‘no podrá reputarse pena’ si la medida se dirige contra el imputado absuelto o sobreseído o se tratare del comiso de ganancias. Así, en el caso del comiso de cosas especialmente aptas para ser utilizadas delictivamente (instrumentos) del artículo 31, decretado contra el imputado condenado y en el caso del comiso de una cosa que no sea especialmente apta para ser utilizada delictivamente pero que ha servido de instrumento en la perpetración del hecho decretable únicamente contra el imputado condenado de acuerdo con lo indicado en el artículo 31 bis, sí nos encontramos ante el comiso entendido como pena.³⁰ Lo mismo ocurrirá con el comiso de toda cosa obtenida o producida a través de la perpetración del hecho en el caso de decretarse contra el imputado condenado, tal como indica el artículo 31 ter.

En cambio, siguiendo las disposiciones de los artículos 31 y 31 ter, en aquellos casos en que se decrete el comiso de las cosas especialmente aptas para ser

²⁹ El texto citado corresponde al inciso final del artículo 20 del Código Penal, incorporado por la Ley N° 21.577. Sobre el alcance de la frase ‘no se reputan’, vale la pena tener a la vista lo que la doctrina ha afirmado sobre el artículo, esto es, que “esta disposición tiene más un carácter programático que real o sustantivo, pues no señala cuándo las medidas correctivas y, en especial, la multa son sanciones administrativas o son penas”, véase COUSIÑO, Luis, *Derecho Penal chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1975, T. I, p. 24. En sentido contrario, atribuyéndole a la frase carácter sustantivo y por ello, utilizándola como argumento a favor de la una diferenciación clara entre el derecho penal y el administrativo sancionador, así: NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de derecho penal chileno, parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, 3° edición, T. I, p. 40.

³⁰ Es importante tener presente que de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 31 bis, este comiso no procederá respecto de terceros de buena fe y el tribunal prescindirá de su imposición cuando la privación de su propiedad le ocasione un perjuicio desproporcionado al afectado.

utilizadas delictivamente aun cuando el imputado resulte absuelto o sobreseído,³¹ o bien, se decrete contra terceros de buena fe que tengan título para poseer la cosa, a menos que se establezca que el dueño no tuvo responsabilidad en el uso de la cosa por parte del hechor, nos encontraremos ante casos de comiso que no se reputan penas y que deben imponerse siguiendo el procedimiento establecido en el Título III bis del Libro IV del Código Procesal Penal. Lo mismo cabe afirmar en relación con el comiso de los efectos del delito, precisamente porque el artículo 31 ter nos indica que este será decretado aun si el imputado resulta absuelto o sobreseído, siempre que se establezca que la cosa proviene de un hecho ilícito, agregando que este será impuesto de conformidad con el procedimiento establecido en el Título III bis del Libro IV del Código Procesal Penal.³²

Finalmente, en el caso del comiso aplicable a las asociaciones delictivas y criminales, la distinción es similar. En primer lugar, se reitera la regla referida al comiso de ganancias contenida en el artículo 24 bis, agregando que caerán en comiso todos los activos vinculados a la actividad en cuyo contexto se haya perpetrado el delito, a menos que se acredite su origen lícito, único caso de aquellos regulados especialmente a propósito de las asociaciones delictivas y criminales en los artículos 294, 294 bis y 294 ter que puede considerarse estrictamente pena.

Procederá, por supuesto, también en este caso el comiso de instrumentos y efectos regulados en los artículos 31, 31 bis y 31 ter, con las distinciones ya referidas. Sin embargo, a ello debe agregarse un comiso de ganancias especialmente extendido, y aplicable únicamente a estos casos, procedente en las hipótesis contenidas en el artículo 294 bis, y que coinciden básicamente con casos de sobreseimientos o absoluciones que no excluyen la ilicitud del hecho³³ o bien se trata de un tercero que no ha intervenido en la realización del hecho ilícito, pero se encuentra en cualquiera de las circunstancias señaladas en el artículo 24 ter.³⁴ Finalmente, el artículo 294 ter agrega el tratamiento del comiso sustitutivo o por equivalencia, también aplicable únicamente a los casos de asociaciones delictivas o criminales y su respecto se indica expresamente que sólo procederá como consecuencia adicional a la pena, lo que impide su persecución contra sujetos absueltos, sobreseídos o terceros.³⁵

³¹ En este caso, de acuerdo con lo indicado en el artículo 31 inciso segundo será necesario establecer su uso en un hecho delictivo.

³² En este caso, debemos tener presente que el comiso no procederá respecto del tercero de buena fe. Sin embargo, tratándose de efectos de tenencia ilícita, el comiso procederá en todos los casos. Así lo disponen los incisos 3 y 4 del artículo 31 ter.

³³ Las hipótesis han sido tratadas *supra*, en la letra b) del Título II, p. 8.

³⁴ Ídem.

³⁵ Para ver un esquema sistematizado de los distintos tipos de comiso según el régimen, véase el Anexo

Ahora bien, la segunda cuestión que resulta fundamental determinar con claridad es cuáles son los casos en que el comiso procede contra terceros, pues desde el punto de vista procesal, estos son los que presentarán mayores problemas de aplicación. Sobre esto, es necesario distinguir además las hipótesis en que la persecución se dirige contra un ‘tercero absoluto’ y aquellas en que se dirige contra el mismo imputado luego de que este ha sido sobreseído o absuelto por hipótesis que no excluyen la ilicitud del hecho, pues tanto en materia de comiso de ganancias y de comiso de terceros exigen acreditar que se ha verificado un ilícito y que la ganancia que se persigue proviene de él, existiendo problemas únicamente en relación a la participación concreta de una persona.³⁶

En consecuencia, siguiendo con el análisis de la ley nacional, podemos afirmar en términos sistemáticos, que el comiso de ganancias procede contra ‘terceros absolutos’ en el caso regulado en el artículo 24 ter. Esto significa que las ganancias se pueden perseguir contra quien: (i) las adquirió como heredero o asignatario testamentario, (ii) las obtuvo mediante el hecho ilícito y los intervinientes en la perpetración del hecho actuaron en su interés, (iii) las adquirió sabiendo o debiendo saber su procedencia ilícita al momento de la adquisición, (iv) se trata de una persona jurídica, que ha recibido la ganancia como aporte a su patrimonio. Esta misma regla es reiterada en el 294 bis, razón por la cual en ambos casos se puede perseguir la ganancia contra ‘terceros absolutos’.

El segundo caso de comiso que procede contra un ‘tercero absoluto’ es el comiso de instrumentos especialmente aptos para ser utilizados delictivamente, regulado en el artículo 31, pues el artículo señala que este procederá aun respecto de terceros de buena fe y que tengan título para poseer la cosa, a menos que se establezca que el dueño no tuvo responsabilidad en el uso de la cosa por parte del hechor.³⁷

Estos casos no deben confundirse con las hipótesis en las que procede el comiso de ganancias, instrumentos o efectos contra el imputado cuando este ha sido absuelto o sobreseído por hipótesis que no excluyen la ilicitud del hecho. En este sentido, el artículo 31 indica que se impondrá el comiso de toda cosa que ha sido empleada como instrumento en la perpetración de un delito y sea especialmente

1 al final de este trabajo.

³⁶ Véase BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (Eds.), *Historia de la Ley N° 21.577*, BCN, Valparaíso - Santiago, 2023, 603 p., disponible en línea: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/8175/>, a propósito de una intervención de la diputada Orsini, en Informe de Comisión de Seguridad Ciudadana, quien afirmó expresamente que “se acredita la ganancia a partir de un ilícito, todo se acredita excepto la participación criminal de la persona en este caso. Por ello, parece suficiente que se pueda proceder al comiso, aunque no exista una condena y que finalmente en cuanto a las organizaciones criminales, lo más efectivo es poder atacar a su patrimonio” (p. 82).

³⁷ Para un esquema sistematizado de las diferencias, véase el Anexo 2.

apta para ser empleada delictivamente, aun si el imputado resulta absuelto o sobreseído, agregando el legislador que bastará para ello el establecimiento de su uso en un hecho delictivo, lo que demuestra que no procederá en los casos en que no logre acreditarse dicha vinculación. Similar suerte sufrirán los efectos del delito, de acuerdo con el contenido del artículo 31 ter, pues en él se indica con claridad que el comiso de los efectos del delito será decretado aun si el imputado resulta absuelto o sobreseído, siempre que se establezca que la cosa proviene de un hecho ilícito.

Es interesante apreciar que en ambos casos no existe ninguna aclaración en relación con las hipótesis de sobreseimiento o absolucón que permiten perseguir de todos modos el comiso de los instrumentos especialmente aptos para ser empleados delictivamente o bien de los efectos. Sin embargo, en la medida que se agrega un requisito vinculado con la acreditación del uso en un hecho delictivo (instrumento) o bien de un origen en un hecho delictivo (efectos), podríamos concluir razonablemente que las hipótesis que dejan esta posibilidad abierta son las mismas reguladas para el comiso de ganancias contra el imputado absuelto o sobreseído en el caso de la asociación delictiva o criminal del artículo 294 bis. Esto quiere decir, que el comiso de instrumentos o efectos para todos los casos y el de ganancias para los casos de asociaciones delictivas o criminales, se podrá dirigir contra terceros solo ahí donde se decrete:

(i) El sobreseimiento temporal conforme a las letras b) y c) del inciso primero, y el inciso segundo del artículo 252 del Código Procesal Penal.

(ii) El caso en que se dicta sentencia absolutoria fundada en la falta de convicción a que se refiere el artículo 340 del Código Procesal Penal o sobreseimiento definitivo fundado en la letra b) del artículo 250 del mismo Código.

(iii) Cuando el sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria fundados en la concurrencia de circunstancias eximentes de responsabilidad que no excluyen la ilicitud del hecho.

(iv) Por último, el caso del sobreseimiento definitivo o la sentencia absolutoria fundados en haberse extinguido la responsabilidad penal o en haber sobrevenido un hecho que, con arreglo a la ley, pone fin a esa responsabilidad.

III. MODIFICACIONES AL CÓDIGO PROCESAL PENAL EN MATERIA DE COMISO

Tal como hemos mencionado en el apartado anterior, la Ley N° 21.577 no solo se refiere al comiso en sus aspectos penales sustantivos, regulándolo en cuanto pena y también como consecuencia derivada de la comisión de un hecho ilícito, sino que introduce una serie de modificaciones en materia procesal penal, especialmente, en relación con la posibilidad de solicitar el comiso como medida

cautelar (art. 157), el comiso en la acusación (art. 259), en materia sentencia condenatoria (art. 348 y el nuevo art. 348 bis) y respecto del comiso sin condena previa (art. 415 bis al art. 415 *nonies*).

En este orden de ideas, pese a que el legislador se ha esforzado por negar la naturaleza de pena del comiso sin condena previa (artículo 20 del Código Penal modificado por la Ley N° 21.577) y que el Tribunal Constitucional no realizó objeciones preventivas de constitucionalidad en la respectiva sentencia,³⁸ la pregunta de la compatibilidad de esta institución con el debido proceso y en particular con la presunción de inocencia y el derecho a defensa, se justifican precisamente por la naturaleza punitiva del instituto, la que emana de su ubicación y regulación, tal como se explicará.

Para dar respuesta a estas interrogantes, expondremos brevemente cuáles son las modificaciones que la Ley N° 21.577 ha incorporado al Código Procesal Penal en materia de comiso, para concentrarnos en el procedimiento contemplado en el Título III bis del Libro IV del Código Procesal Penal, teniendo presente que es a partir de esas reglas que se ponderará la compatibilidad con el debido proceso.

a) *El comiso como medida cautelar real de acuerdo con el contenido del artículo 157 del Código Procesal Penal*

De acuerdo con la modificación introducida en el inciso final del artículo 157 del Código Procesal Penal, el Ministerio Público deberá solicitar las medidas cautelares que correspondan para asegurar bienes suficientes con el fin de hacer efectivo el comiso de las ganancias provenientes del delito o, de proceder, el comiso por valor equivalente de instrumentos o efectos del delito.

Esto significa que, de acuerdo con la modificación incorporada, el Ministerio Público podrá solicitar al juez autorización para decretar la medida específica de retención de dineros o cosas muebles que se encuentren en poder del imputado o de terceros, o en cuentas de bancos o en fondos generales administrados por terceros.

Del mismo modo, esta medida puede decretarse sin audiencia del afectado, tal como expresa el nuevo artículo 157 bis. Si se procede de este modo, el juez deberá fijar un plazo no inferior a treinta días ni superior a ciento veinte días para que el Ministerio Público formalice la investigación respectiva. Ahora bien, si transcurrido este plazo no se produce la formalización, o se produce sin que el Ministerio Público solicite la mantención de la medida con ocasión de la formalización, esta quedará sin efecto.

³⁸ Tribunal Constitucional, 23 de mayo de 2023, Rol N° 14.199.

b) *El comiso en la acusación de acuerdo con lo establecido en el artículo 259*

En la misma línea de las reformas introducidas en materia de solicitud de medidas cautelares reales, la Ley N° 21.577 modifica el contenido de la acusación, indicando que, si el fiscal solicita la aplicación del comiso de ganancias o, de ser procedente, el comiso por valor equivalente de efectos o instrumentos del delito deberá indicar en la acusación, su monto aproximado y expresar con claridad y precisión los fundamentos de su solicitud, señalando los medios de prueba de que piensa valerse.

El hecho de que el comiso se dirija contra terceros no obsta lo imperativo de que dicha solicitud se haga en la acusación, indicándose expresamente el artículo 259, que aun cuando la acusación solo pueda podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, en ella podrá solicitarse el comiso de ganancias respecto de terceros en los casos previstos por la ley. Por ello, es importante determinar cuáles son estos casos. El primero de ellos es el caso mencionado en el artículo 24 ter y luego replicado en el artículo 294 bis, es decir, aquellas hipótesis en que se puede perseguir el comiso contra un tercero porque existe claridad de que se trata de un tercero que obtuvo las ganancias por medios del hecho ilícito, ya sea que porque heredó dichas ganancias, porque los intervinientes en la perpetración del hecho actuaron en su interés, porque la adquirió sabiendo o debiendo saber su procedencia ilícita al momento de la adquisición, o bien, porque se trata de una persona jurídica que la recibió como aporte.

El segundo caso en que se podrá solicitar el comiso contra un tercero en la acusación es el caso del tercero absoluto que trata el artículo 31 del Código Penal en relación con los instrumentos especialmente aptos para cometer delitos, pues el inciso tercero del precepto mencionado indica que esta medida procederá aun respecto de terceros de buena fe y que tengan título para poseer la cosa, a menos que se establezca que el dueño no tuvo responsabilidad en el uso de la cosa por parte del hechor.

c) *El tratamiento del comiso en la sentencia en los artículos 348 y 348 bis*

La ley 21.577 también ha incorporado disposiciones especialmente referidas al comiso en la sentencia. De este modo, el artículo 348 indica que la sentencia condenatoria dispondrá el comiso de los instrumentos o efectos del delito o su restitución, cuando fuere procedente, y en lo que dice relación con el comiso de ganancias o del valor equivalente de efectos o instrumentos, se indica que también se impondrá en la sentencia condenatoria si esto fuere procedente y si el monto no excediere de 400 unidades tributarias mensuales, pues en ese caso se ordena seguir lo dispuesto por el artículo 348 bis. En consecuencia, este último regula el procedimiento que deberá seguirse en caso de decretarse el comiso de ganancias o

de valor equivalente por un monto superior a 400 unidades tributarias mensuales, o bien, si la aplicación del comiso afecta a terceros.

De este modo, para llevar a cabo el comiso de ganancias, de valor equivalente por un monto superior a 400 unidades tributarias mensuales, o el comiso contra terceros, el artículo 348 bis señala que en la sentencia condenatoria se citará a una audiencia especial que tendrá lugar dentro de décimo día a contar de la fecha en que la sentencia quede ejecutoriada si el comiso afecta únicamente a personas que han sido condenadas. Por el contrario, si el comiso afectara a terceros, la audiencia no podrá tener lugar antes de treinta ni después de sesenta días contados desde la fecha en que la sentencia quede ejecutoriada.

d) El procedimiento contemplado en el Título III bis del Libro IV del Código Procesal Penal y su compatibilidad con el debido proceso

Como se ha explicitado *supra*, en materia de asociaciones delictivas y criminales es posible decretar el comiso sin condena previa de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 294 bis del Código Penal. En la disposición se mencionan las hipótesis que pueden dar lugar a esta especie de comiso.

Los cuatro numerales del artículo 294 bis corresponden a casos en los que se dictó sobreseimiento definitivo, temporal o sentencia absolutoria. De acuerdo con el principio de legalidad en materia sustantiva, que es plenamente aplicable en materia de comiso, aun sin condena previa, solo a partir de la dictación de estas resoluciones se determina la existencia de un presupuesto que dará o no lugar a la medida de comiso sin sentencia condenatoria. Así las cosas, fuera de estas hipótesis no es posible fundamentar la ilicitud de un hecho que pueda originar esta especie de comiso. La afirmación contraria resulta incompatible con respecto al mencionado principio, el cual demanda que las conductas estén previamente determinadas por la ley. Solo esta opción puede proporcionar garantías en relación con la seguridad jurídica de los justiciables.³⁹

Las resoluciones mencionadas en los cuatro números del artículo 294 bis del Código Penal, dan cuenta de casos en los que el o los imputados, pese a la persecución criminal y procedimiento previo, no se ha logrado desvirtuar la presunción de inocencia, sea de manera temporal o definitiva. Adicionalmente, la disposición también admite el comiso sin condena respecto de quienes no intervinieron la ejecución del hecho, pero se encuentren dentro de algunas de las circunstancias del artículo 24 ter del Código Penal. En ambos casos se trata de hipótesis de comisos sin condena previa, pero en el primero, a diferencia del segundo,

³⁹ Al respecto de la ha señalado que la seguridad jurídica es una expectativa razonable del ciudadano respecto de la aplicación del derecho. PLANCHADELL Y VIDALES, cit. (n. 9), p. 53.

la investigación se dirigió contra esos sujetos siendo absueltos o sobreseídos, mientras que, en el segundo, se trata de terceros ajenos a la investigación, pero afectados patrimonialmente por esta. En nuestra opinión tanto respecto de quienes fueron imputados y luego absueltos o sobreseídos temporal o definitivamente, como de aquellos que no intervinieron en la investigación o en el procedimiento, pero que se encuentran en alguna de las situaciones descritas por el artículo 24 ter del Código Penal, el comiso sin condena requiere de la existencia de un hecho ilícito que se incardine dentro de alguna de las hipótesis descritas en alguno de los cuatro numerales del artículo 294 bis. Lo anterior en base al principio de legalidad penal que rige en este ámbito por encontrarnos ante medidas punitivas o coercitivas de naturaleza penal. A este respecto se ha indicado correctamente: “Es evidente que el decomiso no es una pena, pero no es menos cierto que existen fundadas razones para seguir considerando que tiene una naturaleza penal por cuanto presupone la existencia de un delito, se decreta contra sujetos que están vinculados directa o indirectamente con la presunta comisión de un hecho delictivo, se aplica a través de un proceso penal, por especial que este sea y por órganos jurisdiccionales de orden penal”.⁴⁰

En este sentido, es importante reparar en que el hecho de que el comiso no se repute pena de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 del Código Penal, no clausura el debate en relación con su naturaleza penal, tal como ha afirmado la doctrina comparada al discutir la naturaleza jurídica del comiso sin condena.⁴¹ Esto es así, especialmente en aquellos casos en que su imposición depende -como en el caso chileno tal como ha quedado regulado- del establecimiento de un hecho -al menos- típico y antijurídico, pudiendo renunciarse únicamente a la acreditación de culpabilidad, tal como emana con claridad de las hipótesis contempladas en el artículo 294 bis, es decir, aquellas en las cuales procede el comiso de ganancias aun cuando se haya dictado sobreseimiento o absolución.

Retomando la reflexión vinculada con el procedimiento es importante observar que el nuevo estatuto jurídico del comiso en materia de organizaciones delictivas y criminales, en relación con este punto, se rige por lo consignado en el Título III bis del Libro IV del Código Procesal Penal, denominado Procedimiento relativo a la imposición de comiso sin condena previa. Este fue incorporado a dicho cuerpo procedimental por la Ley N° 21.577, que fortalece la persecución de los delitos de delincuencia organizada, publicada en el Diario Oficial el 15 de junio de 2023.

Este acápite comprende los artículos 415 bis al 415 nonies. Estas disposiciones se aplican a las hipótesis de comiso de bienes o activos obtenidos

⁴⁰ PLANCHADELL y VIDALES, cit. (n. 9), p. 48.

⁴¹ JIMÉNEZ y URBINA, cit. (n. 12), pp. 80 ss.

a través de la realización de un hecho ilícito o que se hubiesen empleado en su ejecución, sin exigirse que el decomiso dependa de la existencia de una sentencia definitiva condenatoria. De conformidad a estas disposiciones, es competente para conocer del procedimiento el tribunal que dicte la resolución que ponga término a la investigación o al juicio. A su turno, de acuerdo con el artículo 415 ter, en la medida que existan bienes incautados o sujetos a medidas cautelares reales de conformidad a lo dispuesto en el artículo 157 bis del mismo Código Procesal, tanto el Ministerio Público como el querellante pueden solicitar al tribunal que cite a una audiencia para discutir el comiso de dichos bienes. El plazo es de 10 días contados desde la ejecutoria de la resolución que ponga término a la investigación o al juicio, sea de manera temporal o definitiva. De lo reseñado, de acuerdo al artículo 415 ter, es requisito para la interposición del requerimiento: 1) Que haya existido una investigación penal; y 2) Que se encuentre ejecutoriada la resolución que recaiga sobre la investigación o juicio, la cual puede ser temporal o definitivo.

De acuerdo con la literalidad de este precepto, en abstracto, las hipótesis que podrían quedar comprendidas bajo estos supuestos son los términos de investigaciones derivados de: a) salidas alternativas como suspensión del procedimiento o acuerdo reparatorio; b) principio de oportunidad; c) sobreseimiento temporal y d) sobreseimiento definitivo. En relación con las sentencias absolutorias estas podrían consistir en: a) sentencias absolutorias en juicio ordinario, abreviado y simplificado y b) término del procedimiento en delito de acción penal pública por abandono o desistimiento de la querrela. Sin perjuicio de lo señalado, la determinación de la ilicitud del hecho debe derivar de resoluciones judiciales que supongan un análisis de este al menos a nivel de su ilicitud, a objeto de justificar la pérdida del dominio por parte de su titular. En todo caso, estas interrogantes no son aplicables para las asociaciones ilícitas y criminales, toda vez que por especialidad debe primar lo dispuesto en el artículo 294 bis del cuerpo punitivo, de lo que se coligue, que solo bajo las cuatro hipótesis que menciona puede verificarse el comiso de ganancias o de bienes empleados en su perpetración, en las que se reconoce el carácter ilícito del hecho. De este modo, en virtud del principio de legalidad penal, la ilicitud del hecho deriva de un hecho punible cuya investigación o juicio fue terminado en virtud de algunas de las resoluciones judiciales mencionadas en los numerales 1 al 4 del artículo 294 bis del Código Penal.

El comiso de instrumentos u objetos del delito no tiene regla especial en materia de asociaciones delictivas o criminales, por lo que se aplica el artículo 31 del Código Penal, el cual dispone que los instrumentos empleados en la perpetración del delito, especialmente aptos para ser empleados en la ejecución de delitos caerán en comiso, aún en el evento en que el imputado sea sobreseído o absuelto, bastando su uso en un hecho delictivo. En estos casos el procedimiento aplicable también es lo dispuesto en el Título III bis del Libro IV del Código Procesal Penal. Este comiso afecta incluso a terceros de buena fe, salvo que se determine que el dueño

no tuvo responsabilidad en el uso de la cosa por parte del hechor.

Siguiendo con el procedimiento contemplado en los artículos 415 *ter* del Código Procesal Penal, el fiscal que no ha deducido requerimiento dentro del plazo de 10 días será requerido por el tribunal otorgándosele un período adicional de cinco días más, dentro de los cuales debe deducir dicho requerimiento. También se le dará aviso al fiscal regional respectivo. En el evento que dentro de plazo no se presente requerimiento se dará lugar a que el tribunal deje sin efecto la incautación y las medidas cautelares que se hubiesen decretado. En nuestra opinión basta con la presentación de un requerimiento por la parte querellante para que no se produzca este efecto respecto de las especies incautadas y las medidas cautelares decretadas a favor de su acción. El precepto no contempla sanción para el fiscal que no deduzca requerimiento, solo indica que se dará aviso al fiscal regional respectivo.

El artículo 415 *quáter* menciona el contenido del requerimiento. La letra a) las personas que podrían ver afectado su derecho de propiedad o sus derechos patrimoniales debido al comiso. La letra b) es fundamental porque explica la existencia de un hecho ilícito, pero que no dio lugar a la una condena penal. Por ello es esencial que se trate de algunas de las resoluciones judiciales mencionadas en el artículo 294 bis y que, junto con ello, se expliciten los fundamentos que proporcionó el tribunal para no continuar con la investigación o dictar sentencia absolutoria en el caso. La letra c) hace referencia a los antecedentes que fundan la solicitud. Por antecedentes se entiende los medios de prueba que servirán para formar, según el caso, la convicción del tribunal respecto de la procedencia del comiso de los bienes cuya solicitud se formula. La letra d) exige la mención del monto y de los bienes muebles e inmuebles cuyo comiso se requiere al tribunal y finalmente, en la letra e) la individualización y firma del requirente.

IV. CALIDAD PROCESAL DEL SUJETO EN RELACIÓN CON QUIEN SE PERSIGUE LA RECUPERACIÓN DE BIENES VÍA COMISO SIN CONDENA PREVIA

Previo a delimitar la compatibilidad del procedimiento contemplado en el Título III bis del Libro IV del Código Procesal Penal con el debido proceso, es menester determinar cuál es la calidad en la que interviene el requerido en un proceso de decomiso sin condena. Si su condición puede ser catalogada de manera equivalente a la de un imputado, su participación en el procedimiento queda revestida de los mismos derechos procesales que corresponden al sujeto pasivo del proceso penal, incluyendo los reconocidos por las convenciones internacionales suscritas por Chile. Si comparece en otra calidad, corresponde identificar a cuál corresponde, a fin de delimitar sus prerrogativas en este procedimiento especial.

En primero lugar corresponde revisar la denominación que el legislador ha

empleado en las disposiciones que regulan este procedimiento especial. En este orden de ideas, primero, el artículo 415 quáter letra a) del Código Procesal Penal alude a “las personas que conforme a la ley podrían ser *afectadas* en su propiedad o patrimonio por la imposición del comiso”. A su turno, el artículo 415 quinquies inciso tercero hace referencia a la notificación de los requeridos denominándolos de la siguiente forma: “a todas las personas señaladas en la letra a) del artículo precedente y, en su caso, a los demás *intervinientes* en la respectiva investigación o juicio”. En este precepto distingue entre “afectados” e “intervinientes de la investigación o juicio”. A su turno, el artículo 415 sexies hace referencia al ministerio público, al querellante y *las demás partes*. A continuación, el artículo 415 septies que se refiere a la sentencia que se dicta en este procedimiento, en su letra b) hace referencia a *las defensas de los afectados*, si los hubiere. En suma, como se observa, el propio cuerpo procesal penal no es claro al momento de identificar la calidad procesal del requerido en el procedimiento que se sigue para decretar el comiso sin condena previa. Dentro de las expresiones que emplea se encuentra: 1) personas afectadas; 2) intervinientes en la respectiva investigación o juicio y 3) partes. Un aspecto relevante que se debe tomar en consideración es el artículo 415 septies que, si bien los denomina como afectados, alude a sus defensas, pero luego agrega “si los hubiere”, lo que podría dar a entender que son prescindibles o cuya concurrencia podría o no producirse durante el curso de este procedimiento.

Partiendo de la nomenclatura que ofrece el propio Código Procesal Penal, corresponde analizar y, posteriormente, tomar posición respecto de cuál de las diversas opciones mencionadas corresponde al estatus del requerido en un procedimiento de comiso sin condena. Debido a ello, a continuación, se analizará cada una de las tres opciones mencionadas en dicho cuerpo normativo, esto es, si se trata de una parte, de un interviniente o un afectado.

El término *parte* es propio del procedimiento civil⁴² y se vincula con la existencia de una pretensión o derecho que se hace valer durante el curso de este. La posibilidad que se esté ante un procedimiento de naturaleza civil se podría justificar, junto con el empleo de la expresión parte, en el estándar de convicción que consigna el artículo 415 sexies, el cual hace referencia a la prueba preponderante. Esta última es diversa de la duda razonable que corresponde al estándar de convicción que se exige para arribar a la decisión de condena en materia de enjuiciamiento criminal en Chile.⁴³ En efecto, para nuestro sistema procesal civil el estándar de convicción

⁴² En el mismo sentido sobre la terminología *parte* como una institución propia del procedimiento civil: NAVARRO, Roberto, *Derecho Procesal Penal chileno*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2018, Tomo I, p. 241, y CASTRO, Javier, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Editorial Libromar, Santiago, 2017, pp. 107-108.

⁴³ De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 340 del CPP.

es el de la prueba preponderante. Ahora bien, la decisión respecto de dicho estándar de convicción es una materia que se define por el legislador, de modo tal que la circunstancia que se haya optado por dicho baremo para el procedimiento de imposición del comiso sin condena no define la naturaleza del procedimiento, sino que tal como lo señala LARROUCAU: “Un estándar probatorio es la respuesta que ofrece la ley procesal ante la inquietud de cuándo una narración se encuentra acreditada (o descartada) al concluir el litigio. O sea, se trata de una norma (legal o no) que reparte los riesgos de errores –el peligro de que el juez se equivoque en la sentencia definitiva– en escenarios cuyo rasgo común es la incertidumbre”.⁴⁴ Dado lo anterior, se comprende por qué, pese a que el procedimiento que se analiza es de naturaleza punitiva, el legislador establece un estándar de convicción que, en el sistema chileno, es empleado en los procedimientos civiles y que es menos exigente que el exigido para el procedimiento penal.⁴⁵ Al respecto es posible que esto obedezca a que el legislador tuvo en vista facilitar el arribo a una convicción de parte del tribunal, toda vez que este procedimiento es antecedido por una resolución judicial en la que el mismo órgano jurisdiccional que la pronunció, si bien ha descartado la responsabilidad penal de un imputado, no ha negado la ilicitud del hecho en sí.⁴⁶ A mayor abundamiento, si se estuviera ante un procedimiento punitivo de naturaleza civil, no se explica que su conocimiento quede entregado a un juez penal, como lo dispone expresamente el artículo 171 del Código Orgánico de Tribunal modificado por la Ley N° 21.577.⁴⁷ Además, tanto debido a la materia, como en atención a la competencia del tribunal, el legislador ha manifestado que el comiso sin condena deriva de la existencia de un hecho ilícito, que se relaciona con un delito que no se pudo acreditar en todos sus elementos, ya sea, porque existen impedimentos temporales para hacerlo o porque la absolución del imputado no se fundamentó en la exclusión de la ilicitud del hecho. Prueba de esto es que el Legislador lo definió como un procedimiento especial y cuyo conocimiento queda radicado en un tribunal con competencia en lo penal. En virtud de estas consideraciones, se debe descartar que el requerido sea una parte, específicamente el demandado.

La segunda posibilidad es considerar que el requerido es un *interviniente* en

⁴⁴ LARROUCAU, Jorge, “Hacia un estándar de prueba civil”, *Revista Chilena de Derecho*, 2012, vol. 39 N° 3, pp. 783-784.

⁴⁵ Lo mismo ocurre, por ejemplo, en Estados Unidos. Véase, en este sentido, HASBÚN, Cristóbal, “El comiso penal en la legislación estadounidense como horizonte comparativo frente al Proyecto de Nuevo Código Penal”, *Revista Ius et Praxis*, 2018, N° 3, p. 434, y HASBÚN, Cristóbal, “Comentario a la sentencia Rol N°1649-2004 (“Caso Riggs”)", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 2018, Año 25, pp. 349 y ss.

⁴⁶ En términos de tipicidad y antijuridicidad.

⁴⁷ Artículo 171 del CPP.

este procedimiento especial. Esta nomenclatura es la empleada en el artículo 12 del Código Procesal Penal respecto de aquellos sujetos procesales que participan de manera activa en el procedimiento penal. Se trata del fiscal, el imputado, defensor, la víctima y al querellante, desde que ejecutan alguna acción de orden procesal o a partir del momento en que el legislador les permitiere ejercer ciertas prerrogativas. El término interviniente se restringe a los individuos antes mencionados, de los cuales el requerido solo puede ser identificado con imputado. Esta afirmación no requiere mayor explicación porque naturalmente no puede ser el fiscal o el querellante que ofician de requirentes en este procedimiento especial, ni tampoco la víctima que podría coincidir con el querellante (siempre que deduzca querrela).

La tercera opción que ofrece el legislador de la Ley N° 21.577 es que se trate del *afectado*. Así lo menciona en el artículo 415 septies letra b), incluso hace referencia a “las defensas de los afectados”. Una lectura sistemática de esta disposición, basada también en la mención a la defensa, permite colegir que afectado es sinónimo de imputado, vale decir, del sujeto pasivo del procedimiento, que, en este caso, es el relativo a la imposición de un comiso sin condena.

Un segundo argumento que permite deducir que el requerido podría ser considerado como un imputado para efectos de este procedimiento especial, es el artículo 186 del Código Procesal Penal.⁴⁸ Esta disposición ha generado mucho debate en la doctrina especializada chilena. Parte de esta discusión se ha centrado en la ausencia de sanciones cuando el fiscal que ha sido requerido por el juez no formaliza la investigación. Los diversos autores que han tratado este tema no han puesto en duda que la voz *afectado* hace referencia al imputado o sujeto pasivo del procedimiento.⁴⁹ La única discusión que se ha formulado es en

⁴⁸ Artículo 186.- *Control judicial anterior a la formalización de la investigación*. Cualquier persona que se considerare afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, podrá pedir al juez de garantía que le ordene al fiscal informar acerca de los hechos que fueren objeto de ella. También podrá el juez fijarle un plazo para que formalice la investigación.

⁴⁹ Al respecto véase: HERRERA Seguel, Marta, “Control judicial previo a la formalización de la investigación. Las posibles sanciones ante la inobservancia del plazo”, *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2005, pp. 385-405, *Passim*; PIEDRABUENA, Guillermo, “Control judicial anterior a la formalización de la investigación (Artículo 186 del Código Procesal Penal [C.P.P.]”, *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado*, 2010, n° 23, pp. 9-38; ROZAS DOCKENDORFF, Cristián, “El plazo judicial para formalizar. Una adecuada revisión a la luz de las normas del proceso penal”, *Revista Jurídica Digital UANDES*, 2021, Vol. 5, n° 2, *Passim*; NAVARRO, cit. (n. 42) pp. 156-157.; MATURANA, Cristián; MONTERO, Raúl, *Derecho Procesal Penal chileno*, Ediciones AbeledoPerrot Legalpublishing, Santiago, 2010, Tomo II, pp. 593-594.; HORVITZ, María Inés; LÓPEZ, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, Tomo I, pp. 505-506.; CHAHUÁN, Sabas, *Manual del Nuevo Procedimiento Penal*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2007, p. 200.; LEYTON, José Francisco, *Víctima y querellante en el proceso penal: problemas en el proceso chileno a la luz de sus fundamentos*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2015, pp. 111-129.; AGUILERA, Daniela, “La Participación de la Víctima en la Persecución Penal Oficial. Análisis a partir de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de*

relación con si el concepto de *afectado* incluye solamente al imputado o también a la víctima. Al respecto la opinión mayoritaria tiende a negar la aplicación de esta disposición a favor del ofendido por el delito. Para ello se basan en que esta disposición es excepcional y se fundamenta en el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, por lo que su interpretación debe ser restrictiva. En contra se ha manifestado el Tribunal Constitucional.⁵⁰

Sin perjuicio de esta disquisición, lo relevante para efectos de este trabajo es mostrar como el Código Procesal Penal ha empleado el término *afectado* como sinónimo de sujeto pasivo de este procedimiento. A partir de estas consideraciones resultaría plausible argumentar que en el caso del Título III bis de libro IV se utiliza en esos términos.

Sin perjuicio de estas razones corresponde dilucidar si el requerido puede ser considerado como *imputado* a la luz de lo dispuesto en el artículo 7 del Código Procesal Penal. De acuerdo a la literalidad del inciso primero de dicho precepto corresponde a "...la persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia." Si bien es dable sostener que, al *requerido* en un procedimiento de esta naturaleza, no se le atribuye participación en un delito, si se lo relaciona con un hecho típico y antijurídico. Esto, a tal punto, que explica la perturbación en su derecho de propiedad o en sus derechos patrimoniales producto de la imposición del comiso. Expresado, en otros términos, si bien este comiso no es una pena, está dotado de una naturaleza punitiva, dada la naturaleza de hecho

Derecho Universidad Católica del Norte, 2011, Año 18, N° 2, *passim*; BORDALÍ, Andrés, "La acción penal y la víctima en el Derecho chileno", *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVII, 2011, *passim*; y BORDALÍ, Andrés, "No hay ejercicio del derecho fundamental de acción en el proceso penal. Sentencia del Tribunal Constitucional que declaró inaplicable el artículo 230 del Código Procesal Penal", *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, 2008, Vol. XXI, 2008, *passim*.

⁵⁰ En este sentido, Tribunal Constitucional, 5 de octubre de 2010, Rol N° 1.484-09, considerando Vigésimosexto: Que, así, y teniendo en consideración que la aplicación de la frase "que se considerare afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente"—contenida en el artículo 186 del 27 Código Procesal Penal-, interpretada de conformidad con la Carta Fundamental, no la contraviene, sino que contribuye a potenciar el alcance de los derechos que ella asegura a las personas, entre ellas a la víctima y querellante en un proceso penal como el que constituye la gestión pendiente en estos autos, este Tribunal desechará la acción de inaplicabilidad deducida y así lo declarará; Tribunal Constitucional, 3 de noviembre de 2009, Rol N° 1.380-09, considerando Decimooctavo: Que, por todas las motivaciones expuestas, no puede sino confirmarse la consignada conclusión de que constitucionalmente el aludido interpretado, artículo no 186, admite circunscribir su alcance a la sola tutela del imputado y, de esta manera, es un mecanismo que el legislador ha otorgado al juez en miras a impedir que la aplicación del inciso primero del artículo 230 confiera al Ministerio Público un monopolio arbitrario del avance del proceso penal que afecte el derecho conferido a la víctima por el artículo 83, inciso segundo, de la Constitución. Otras sentencias, véase: Tribunal Constitucional, 20 de agosto de 2009, Rol 1337-09; Tribunal Constitucional, 29 de diciembre de 2009, Rol 1467-09, entre otros.

típico y antijurídico que ha dado lugar a las ganancias, lo que justifica la afectación en los derechos fundamentales de los destinatarios de este procedimiento.

Lo afirmado explica porque el legislador dispuso que este procedimiento se realizase en sede penal, con la participación de intervinientes como lo son el Ministerio Público y el querellante, según el caso. La decisión corresponde a un tribunal criminal porque si bien el comiso sin condena previa no puede ser catalogado de pena, responde a una finalidad preventiva en relación con la comisión de nuevos delitos, cuestión que deriva de su lógica de obstaculizar la utilización de recursos económicos derivados del delito

Considerando la naturaleza penal del instituto de comiso sin condena y las implicancias que conlleva para los derechos fundamentales de la persona afectada por la pérdida de su derecho de dominio o intereses patrimoniales, corresponde reconocerle equivalentes derechos que, a los imputados por su participación en un delito, según las características del procedimiento específico al que son sometidos.

En suma, el requerido en un proceso de comiso sin condena dada la naturaleza penal de la institución deben reconocérseles una calidad equivalente al del imputado.

V. COMPATIBILIDAD DE ESTE PROCEDIMIENTO CON EL DEBIDO PROCESO

Habiendo tomado posición respecto de la calidad procesal con la que comparece un requerido en el procedimiento de decomiso sin condena y, habiendo afirmado que se le deben reconocer prerrogativas *similares a las de un imputado*, en la medida que esto resulte compatible con el procedimiento penal, en lo que sigue se hará referencia a la afinidad del procedimiento nuevo y el debido proceso.

Como cuestión previa se debe tener en consideración que el debido proceso en el ordenamiento jurídico chileno se reconoce en el artículo 19 N°3 inciso quinto, de la Constitución Política. Lo afirmado es sin perjuicio que la disposición mencionada solamente alude a un procedimiento y una investigación racional y justa, pero no menciona un catálogo de derechos, lo que ha sido objeto de diversas críticas.⁵¹ Debido a estas críticas parte de la doctrina considera que, hasta la fecha, no ha sido posible determinar con precisión su contenido y extensión.⁵² A ello se

⁵¹ Al respecto, Véase: MARCAZZOLO, Ximena, “Derecho a la no autoincriminación en el sistema procesal penal chileno”, *Revista Actualidad Jurídica*, 2023, N°48, pp. 499 y ss.

⁵² En este sentido, CARBONELL, Flavia; LETELIER, Raúl, “Debido proceso y garantías jurisdiccionales”, en: Contreras, Pablo; Salgado, Constanza (Eds.), *Curso de Derechos Fundamentales*, Editorial Tirant lo Blanch, Santiago, 2020, pp.345 y ss. Estos autores consideran que el debido proceso es una garantía procesal que es previa al ejercicio de la jurisdicción. La han denominado *garantía paraguas* que se encuentra regulada en la Constitución y en Tratados internacionales sobre derechos fundamentales que se

suma la necesidad de diferenciarlo de la tutela judicial efectiva.

En este trabajo se acepta que, pese a lo enunciado en párrafo anterior, la existencia de Convenciones Internacionales suscritas por Chile, ha aportado en claridad y han permitido dilucidar el contenido de este derecho. Para estos efectos se invoca el artículo 5, inciso segundo de la Constitución. En el mismo sentido y parafraseando a Bordalí se trata de “un metaderecho contenedor de varios derechos o garantías mínimas”.⁵³ De esta forma el contenido del debido proceso se debe precisar sobre la base de lo que se encuentra plasmado en la Constitución Política y en los Tratados internacionales sobre derechos fundamentales suscritos por Chile, los que forman parte del derecho interno como ordena el artículo 5° inciso segundo de la Carta Magna.

Así las cosas, entendemos que tanto el derecho a defensa como la presunción de inocencia integran del debido proceso. El primero se encuentra reconocido expresamente en el artículo 19 N°3 inciso segundo de la Constitución. Respecto de la presunción de inocencia se ha cuestionado si realmente se encuentra reconocido por la norma superior. Para algunos se puede deducir de la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal, consignada en el artículo 19 N° 3 inciso 7° de la Constitución, pero para otros no es posible deducirlo de la misma. Pese a ello, al encontrarse reconocida en Convenciones internacionales sobre derechos fundamentales suscritas por Chile, es posible estimar que la presunción de inocencia integra el debido proceso. Concretamente el artículo 8.2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos reconócelo consigna.⁵⁴

Considerando lo acotado de esta investigación y considerando lo previamente anunciado, solo se analizarán dos derechos que integran el debido proceso en materia penal. Esto es: el derecho a defensa y la presunción de inocencia.

a.- El derecho a defensa: el derecho a defensa de naturaleza material y formal es una prerrogativa fundamental de toda persona imputada por un delito. La pregunta que surge es si debe reconocérseles este derecho- contar con un abogado defensor- a los afectados por un procedimiento que persigue imponer un decomiso sin condena.

A nuestro parecer la respuesta afirmativa es la correcta. En línea con esta afirmación el texto del artículo 415 quinquies inciso segundo, dispone que la resolución que cite a la audiencia debe notificarse a los posibles afectados en sus derechos de propiedad, pero también a todos los intervinientes del respectivo caso o investigación, dentro del cual se encuentra naturalmente el abogado defensor.

encuentran reconocidos por Chile. Estos autores separan el debido proceso de otros derechos procesales. Para ellos el derecho a defensa es uno de los más importantes que quedan integrados en este.

⁵³ BORDALÍ, Andrés, *Debido Proceso*, Editorial DER, Santiago, 2023, pp. 23 y ss.

⁵⁴ También considera que integra el debido proceso en materia penal BORDALÍ, cit. (n. 53), pp. 47 y ss.

Posteriormente, el artículo 415 septies letra b) que hace referencia al contenido de la sentencia condenatoria, dispone que esta decisión debe incluir lo solicitado por el Ministerio Público y el querellante y por las defensas, si las hubiera y sus fundamentos. La expresión “si las hubiera” no debe entenderse en orden a que esta puede ser prescindible, sino que existe la posibilidad que el afectado no se oponga al requerimiento, en cuyo caso se puede fallar con el mérito de este. Esto se observa también en el procedimiento simplificado con aceptación de responsabilidad. En ningún caso ello puede significar que pueda procederse en su ausencia.

Adicionalmente, el derecho a contar con un abogado defensor deriva de la naturaleza punitiva de este procedimiento, lo que queda determinado por la letra d) del artículo 415 quinquies que en relación con la sentencia definitiva señala que esta debe determinar “la existencia del hecho ilícito del que proceden las ganancias o su conexión con los instrumentos o efectos de que se trate”.

También parece necesario atendida las consecuencias para los requeridos en relación con su derecho de propiedad o patrimoniales, máxime cuando el procedimiento está regulado de manera concentrada como lo advirtió la propia Corte Suprema en su oficio al Congreso.⁵⁵

b.- Presunción de inocencia: de acuerdo a la presunción de inocencia el requerido no está obligado a acreditar la licitud de los bienes que son demandados ni la ilicitud del hecho del cual provienen. Al contrario, el Ministerio Público o el querellante en su caso son los responsables de hacerlo. El procedimiento contemplado en el Título III bis del Libro IV del Código Procesal Penal lo entiende de esta manera y por ello exige que el requerimiento adjunte antecedentes o elementos en los que funda la solicitud.

En virtud de la presunción de inocencia la imputación debe celebrarse un procedimiento con todas las garantías. Esto implica que debe garantizarse su derecho a la prueba, a contradecir la imputación al guardar silencio. También es relevante que la sentencia sea dictada por un tribunal imparcial.⁵⁶ Este punto puede ser complejo porque de conformidad al artículo 171 nuevo del COT, incorporado por la Ley N° 21.577 es el mismo tribunal que conoció la investigación o el procedimiento. Esto puede ser problemático desde la imparcialidad toda vez que ese tribunal ya conoció del caso. También el procedimiento es concentrado y simple si se lo vincula con la complejidad de la materia que es objeto de la controversia.

En caso de que no pueda acreditarse que los bienes cuyo decomiso se solicita están vinculados o provienen del hecho ilícito, lo que procede corresponde es negar

⁵⁵ *Historia de la Ley N° 21.577*, cit. (n. 36), Oficio de la Corte Suprema n° 41-2023 sobre el Informe de Proyecto de Ley que Moderniza los Delitos que Sancionan la Delincuencia Organizada y Establece Técnicas Especiales para su Investigación, de 14 de febrero de 2023, p. 488 (p. 5 del Oficio).

⁵⁶ PLANCHADELL y VIDALES, cit. (n. 9), pp. 55 y ss.

la imposición del decomiso de ganancias.

Una de las dificultades que se planteará en este tipo de procedimientos es el empleo de los indicios para acreditar que los bienes se vinculan con el hecho ilícito. A este respecto las autoras PLANCHADELL y VIDALES⁵⁷ han problematizado el tema, concluyendo que el empleo de indicios para derivar la presunción de inocencia debe cumplir con algunos estándares para no afectarla: 1) debe existir más de un indicio; 2) los indicios no deben ser desvirtuados por otros; 3) las bases de los indicios deben acreditarse en el proceso, no bastan las meras sospechas; 4) debe existir una relación lógica entre los hechos y la conclusión a la que se arriba y 5) fundamentación de la decisión judicial.

VI. CONCLUSIONES

Durante el trabajo se explican las recientes reformas a la institución del comiso tanto en el Código Penal como aquellas que se incluyeron en leyes especiales. Entre estas se encuentran las modificaciones incorporadas por la Ley N° 21.577, sobre fortalecimiento de la delincuencia organizada. Dentro de las novedades que se establecen se destaca la institución del comiso sin condena. A este respecto, la inexistencia de una decisión que reconozca la existencia de un delito y que, pese a ello, pueda dar lugar a la pérdida de dominio respecto de ciertos bienes que puedan identificarse con las ganancias que se obtuvieron, requiere ser analizado desde la perspectiva penal y procesal.

En base a lo señalado, en el trabajo se procura dar respuesta a la naturaleza del procedimiento que determina la procedencia del comiso sin condena previa y la calidad del afectado, a fin de dilucidar ambos aspectos se proporcionan las razones que explican la toma de posición. En específico, se concluye que de acuerdo al artículo 294 bis del Código Penal, el comiso sin condena previa requiere que se acredite que las ganancias derivan de un hecho ilícito, esto es, típico y antijurídico. Que, la circunstancia que este comiso no se reputa pena no significa que no tenga carácter sancionatorio y penal, toda vez que lo sancionatorio del procedimiento se evidencia, entre otras razones, debido a que la competencia y la materia también están dotadas de esta naturaleza. Por tanto, siempre deberá acreditarse que las ganancias derivan de un hecho ilícito.

Junto con ello, durante el trabajo se concluye que el sujeto afectado es equivalente el imputado y por tanto se le deben reconocer equivalentes derechos procesales. Esto significa que a su respecto es necesario respetar la presunción de inocencia y su derecho a defensa.

⁵⁷ PLANCHADELL y VIDALES, cit. (n. 9), pp. 54 y ss.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

a) Doctrina

AGUILERA, Daniela, “La Participación de la Víctima en la Persecución Penal Oficial. Análisis a partir de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 2011, Año 18, N° 2, pp. 51-72.

ANANÍAS, Ignacio, “El comiso de ganancias”, *Revista de Estudios de la Justicia*, 2014, N° 21, pp. 153-196.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, “Garantizar que el delito no resulte provechoso. El decomiso ampliado como medio de la política criminal frente a la corrupción”, En: Silva Sánchez, Jesús M.; Queralt Jiménez, Joan J.; Corcoy Bidásolo, Mirentxu; Castiñeira Palou, M. T. (Coords.), *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, En Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2017, pp. 903-948.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (Eds.), *Historia de la Ley N° 21.577*, BCN, Valparaíso - Santiago, 2023, 603 p., disponible en línea: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/8175/>.

BORDALÍ, Andrés *Debido Proceso*, Editorial DER, Santiago, 2023.

BORDALÍ, Andrés, “La acción penal y la víctima en el Derecho chileno”, *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2011, Vol. XXXVII, pp. 513-545.

BORDALÍ, Andrés, “No hay ejercicio del derecho fundamental de acción en el proceso penal. sentencia del tribunal constitucional que declaró inaplicable el artículo 230 del código procesal penal”, *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, 2008, Vol. XXI, pp. 205-249.

BUSTOS, Juan, *Manual de Derecho Penal, parte general*, Ariel Derecho, Barcelona, 1989, 3° edición.

CARBONELL, Flavia; LETELIER, Raúl, “Debido proceso y garantías jurisdiccionales”, en Contreras, Pablo; Salgado, Constanza (Eds.), *Curso de Derechos Fundamentales*, Editorial Tirant lo Blanch, Santiago, 2020, pp. 345-378.

CASTRO, Javier, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Editorial Libromar, Santiago, 2017

CHAHUÁN, Sabas, *Manual del Nuevo Procedimiento Penal*, LexisNexis, Santiago, 2007.

COUSIÑO, Luis, *Derecho Penal chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1975, T. I.

GREENBERG, Theodore; SAMUEL, Linda; GRANT, Wingate; GRAY, Larissa, *Recuperación de activos robados. Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*, Banco Mundial, Washington D.C. – Bogotá, 2009.

HASBÚN, Cristóbal, “Comentario a la sentencia Rol N°1649-2004 (“Caso Riggs”)”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 2018, Año 25, pp. 349-361.

HASBÚN, Cristóbal, “El comiso penal en la legislación estadounidense como horizonte comparativo frente al Proyecto de Nuevo Código Penal”, *Revista Ius et Praxis*, 2018, Año 24, N° 3, pp. 421-452.

HERRERA Seguel, Marta, “Control judicial previo a la formalización de la investigación. Las posibles sanciones ante la inobservancia del plazo”, *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2005, Vol. XXVI, pp. 385-405.

HORVITZ, María Inés; LÓPEZ, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, Tomo I.

JIMÉNEZ, Rafael; URBINA, Emilio, *El Comiso Autónomo y la Extinción de Dominio en la lucha contra la corrupción*, Ediciones Olejnik, Santiago, 2021, 2ª Edición.

LARROUCAU, Jorge, “Hacia Un Estándar De Prueba Civil”, *Revista Chilena De Derecho*, 2012, Vol. 39, Nº 3, pp. 783-784.

LEYTON, José Francisco, *Víctima y querellante en el proceso penal: problemas en el proceso chileno a la luz de sus fundamentos*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2015.

MARCAZZOLO, Ximena, “Derecho a la no autoincriminación en el sistema procesal penal chileno”, *Revista Actualidad Jurídica*, 2023, Nº48, pp.497-524.

MATURANA, Cristián; MONTERO, Raúl, *Derecho Procesal Penal chileno*, Ediciones AbeledoPerrot, Legalpublishing, Santiago, 2010, Tomo II.

MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Manual de Derecho Penal chileno. Parte General*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

NAVARRO, Roberto, *Derecho Procesal Penal chileno*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2018, Tomo I.

NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de Derecho Penal chileno, parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, 3ª edición, T. I.

NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de Derecho Penal chileno, parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, 3ª edición, T. II.

PIEDRABUENA, Guillermo “Control judicial anterior a la formalización de la investigación (Artículo 186 del Código Procesal Penal [C.P.P.]” *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado*, 2010, nº 23, pp. 9-38.

PLANCHADELL, Andrea; VIDALES, Caty, “Decomiso: cometario crítico desde una perspectiva constitucional”, *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, 2018, Vol. 38, pp. 37-92.

PUEYO, Jesús, “La nueva regulación del comiso en el Código Penal”, en *Cuadernos penales José María Lidón: La ejecución de penas*, Nº 15, Deusto, Bilbao, 2019, pp. 109-129.

ROZAS DOCKENDORFF, Cristián, “El plazo judicial para formalizar. Una adecuada revisión a la luz de las normas del proceso penal”, *Revista Jurídica Digital UANDES*, 2021, Vol. 5, nº 2.

VALERO, Luis Hernando, “Los bienes equivalentes y el riesgo de confiscación en la ley de extensión del dominio y en el comiso penal”, *Revista Via Iuris*, 2009, Nº6, pp. 71-89.

b) Legislación

Código Penal chileno, 1874.

Código Procesal Penal chileno, 2000.

Ley Nº 19.913 de 2003 (Chile), Crea la Unidad de Análisis Financiero y Modifica Diversas Disposiciones en Materia de Lavado y Blanqueo de Activos.

Ley Nº 20.000 de 2005 (Chile), que sustituye la Ley Nº 19.366, que Sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas.

Ley Nº 20.393 de 2009 (Chile), Establece la Responsabilidad Penal de las Personas

Jurídicas en los delitos que indica.

Ley 21.595 de 2023 (Chile), Ley de Delitos Económicos.

Ley N° 21.577 de 2023 (Chile), Fortalece la persecución de los delitos de delincuencia organizada, establece técnicas especiales para su investigación y robustece el comiso de ganancias.

Convención de Naciones Unidas sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, Viena, 1988.

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Palermo, 2000.

c) Jurisprudencia

Tribunal Constitucional, 23 de mayo de 2023, Rol N° 14.199.

Tribunal Constitucional, 5 de octubre de 2010, Rol N° 1.484-09.

Tribunal Constitucional, 3 de noviembre de 2009, Rol N° 1.380-09

Tribunal Constitucional, 20 de agosto de 2009, Rol 1337-09.

Tribunal Constitucional, 29 de diciembre de 2009, Rol 1467-09.

ANEXOS

1.- Paralelo de tipos de comiso según régimen en el Código Penal

| Tipo de régimen/ tipo de comiso | Régimen general de los artículos 24 bis y 24 ter | Régimen general de los artículos 31, 31 bis y 31 ter | Régimen aplicable únicamente a las organizaciones delictivas y criminales regulados en los artículos 294, 294 bis y 294 ter |
|--|---|--|---|
| Comiso de ganancias (con condena) | Comiso de ganancias (frutos y utilidades) | - | El comiso de ganancias del 24 bis (con condena) |
| Comiso de ganancias a terceros | Comiso de ganancias a terceros que no hubiesen intervenido en la perpetración del hecho (hipótesis taxativas artículo 24 ter) | - | El comiso de ganancias cuando exista sobreseimiento o absolución que no excluya la ilicitud del hecho y terceros del 24 ter |

| Tipo de régimen/ tipo de comiso | Régimen general de los artículos 24 bis y 24 ter | Régimen general de los artículos 31, 31 bis y 31 ter | Régimen aplicable únicamente a las organizaciones delictivas y criminales regulados en los artículos 294, 294 bis y 294 ter |
|---|--|---|---|
| Comiso de instrumentos (cosas especialmente aptas para cometer delito) | - | Comiso de instrumentos cuando son cosas especialmente aptas para cometer delito con condena, incluso si hay sobreseimiento o absolución y contra terceros de buena fe | - |
| Comiso de instrumentos (cosas no aptas para cometer delitos) | - | Comiso de instrumentos si es cosa que no sea especialmente apta para ser utilizada delictivamente solo con la condena | - |
| Comiso de efectos | - | Comiso de los efectos con condena, sobreseimiento o absolución. No procede contra terceros de buena fe | - |
| Comiso de activos | - | - | El comiso de activos a menos que se acredite su origen lícito |
| Comiso por equivalencia | - | - | El comiso sustitutivo o por equivalencia como consecuencia adicional a la pena |

2.- Paralelo que vincula clases de terceros afectados según el tipo de comiso

| Tipo de tercero/ tipo de comiso | Sobreseimiento o absolució | Terceros absolutos |
|---|----------------------------|---|
| Comiso de ganancias a terceros que no hubiesen intervenido en la perpetración del hecho (regla general del CP) | No | Sí de aquellos mencionados en el 24 ter |
| Comiso de instrumentos cuando son cosas especialmente aptas para cometer delito (regla general del CP) | Sí | Sí |
| Comiso de los efectos (regla general del CP) | Sí | No procede contra terceros de buena fe |
| Comiso de ganancias en el caso asociación delictiva o criminal (artículos 294 y siguientes) | Sí | Sí de aquellos mencionados en el 24 ter |

