

COMENTARIO A LA SENTENCIA ROL N° 1649-2004 ("CASO RIGGS")

CRISTÓBAL HASBUN**

RESUMEN: El presente comentario de jurisprudencia tiene por finalidad exponer los principales déficits de la regulación de comiso nacional y cómo estos han sido resueltos en el derecho comparado. Para lo anterior se explica uno de los principales mecanismos de recuperación de bienes, el comiso civil, a partir de su conceptualización y desarrollo en el derecho estadounidense.

PALABRAS CLAVE: Comiso, confiscación, incautación, derecho penal, derecho público.

COMMENTARY ON THE SENTENCE ROL N° 1649-2004 ("RIGGS CASE")*

ABSTRACT: This commentary on case law aims to present the main deficits of the national confiscation regulation and how these have been resolved in comparative law. In order to achieve this, one of the main mechanisms of property recovery, the civil confiscation, is explained starting by its conceptualization and development in U.S. law.

KEY WORDS: Asset forfeiture, confiscation, seizure, criminal law, public law.

Sumario: 1. Los hechos y la sentencia, 2. En qué consiste el comiso civil en Estados Unidos y Conclusiones.

* Fecha de recepción: 24 de marzo de 2018.
Fecha de aceptación: 22 de octubre de 2018.

** Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Adolfo Ibáñez. Magíster en Derecho Penal, Universidad de Chile. Doctor © Universidad de Frankfurt am Main. Profesor de Derecho Penal, Universidad Mayor y Adolfo Ibáñez. Correo: hasbuncristobal@gmail.com

1) LOS HECHOS Y LA SENTENCIA

La sentencia rol 1649-2004 (conocida como “Caso Riggs”) de 21 de junio de 2017 es emblemática respecto a la necesidad de desarrollar una legislación sobre comiso civil en Chile. En esta sentencia la Corte de Apelaciones de Santiago revocó el pronunciamiento de instancia absolviendo por prescripción a seis militares de los cargos de malversación de caudales públicos y revocando el decreto de comiso sobre los bienes embargados, dentro de los cuales estaban aquellos de la sucesión hereditaria de la familia de Augusto Pinochet.

Para los efectos de este artículo la sentencia resulta interesante atendiendo a que es una demostración clara de que no existen reglas que permitan restablecer la legalidad respecto a la restitución al fisco de bienes obtenidos ilícitamente. Demuestra, a su vez, que las reglas vigentes no ofrecen una solución para los casos de comiso de bienes envueltos en una sucesión hereditaria, así como de la carencia de un mecanismo eficaz de recuperación de ganancias ilícitas por parte del Estado.

El fallo de instancia, sin alteración a este respecto por parte de la Corte, resolvió que atendiendo a las investigaciones Augusto Pinochet sustrajo bienes del erario público sin haber alcanzado a ser condenado por ello. El monto fue determinado por un estudio de la Facultad de Economía y Negocios de la Universidad de Chile, donde se calculó que el monto total de la fortuna que el fallecido podría haber formado era de \$1.427.588,55 dólares, cifra que no se condecía con los \$21.363761, 30 dólares que se encontraron en su patrimonio. El monto de dinero obtenido sin justificación ascendió a \$17.866.323,20 dólares (considerando vigésimo segundo).

La defensa sostuvo que Pinochet debía ser sobreseído definitivamente de los cargos de conformidad a lo dispuesto en el artículo 93 N° 1 del Código Penal (por fallecimiento), teniendo ello como consecuencia que, no existiendo una condena, no podría aplicarse el comiso de sus bienes, los cuales pasarían a engrosar el patrimonio de sus herederos. La Corte hizo lugar a esta alegación y revocó el comiso con el voto disidente de la Ministra MELO, quien estuvo por su aplicación fundada en el derecho internacional (considerando trigésimo tercero).

La solución que ofrece la Corte da cuenta de un sinsentido: una persona que incrementa significativamente su patrimonio por la comisión de delitos fiscales tiene la posibilidad de enriquecer a su familia en la sucesión, quedándose ellos con todo el dinero a pesar de que haya sido obtenido de modo ilícito. Esto expresa que nuestra legislación actual permite y por tanto incentiva a que un sujeto ejecute un plan delictual que pueda en último término prosperar si es que él fallece en el transcurso de la ejecución o bien se quita la vida con posterioridad. Este problema no

es infrecuente en los grandes delitos de corrupción¹, y el fallo deja en evidencia que nuestra legislación no es adecuada para este fenómeno².

La particularidad del caso en cuestión radica en que la judicatura tuvo por probados los hechos constitutivos de un delito fiscal, pero no alcanzó a pronunciar una condena antes de que el imputado falleciera. Según la forma en que el comiso está estipulado en Chile, propia del comiso entendido exclusivamente de forma penal, la posibilidad de recuperar bienes resultantes de la comisión del delito se encuentra limitada por lo dispuesto en el artículo 31 del Código Penal. La limitación más intensa se encuentra en la exigencia de existencia de una condena para su aplicación³.

Sin perjuicio de ello, y obedeciendo al sentido común, existe una variedad de legislaciones que han desarrollado en las últimas décadas el

¹ Resulta expresivo de este problema la previsión que toma una fuente de derecho internacional. La *convención* de las Naciones Unidas contra la corrupción, en la cual participó Chile, celebrada en Nueva York en el año 2004, disponiendo en su artículo 54 refiriéndose a los mecanismos de recuperación de bienes, que: "*Cada Estado parte, a fin de prestar asistencia judicial recíproca conforme a lo dispuesto en el artículo 55 de la presente Convención con respecto a bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención o relacionados con ese delito, de conformidad con su derecho interno: c) considerará la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de sus bienes sin que medie una condena, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo del fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados*".

² Una causa anterior a esta, que presentó el problema de la forma como el Estado podría recuperar los montos obtenidos ilícitamente para indemnizar a las víctimas, fue la causa del SEGUNDO JUZGADO DE GARANTÍA. 18 de diciembre de 2015. RIT N° 6930-2011. "Caso La Polar contra Pablo Alcalde Saavedra y otros". Se trata del caso de ejecutivos y directores de la empresa La Polar, sociedad anónima abierta dedicada al *retail* y prestación de servicios financieros, condenados por lavado de dinero, declaración maliciosamente falsa y declaración maliciosamente falsa sobre la conformación del capital de una empresa. El tribunal ordenó el comiso de \$862.438.501.- sobre tres de los condenados, además de inmuebles, por considerarlos efectos de los delitos. Este caso dejó por vez primera en evidencia que no existían reglas claras sobre la materia respecto a cuál es la acción que deben seguir las víctimas para recuperar sus bienes una vez efectuado el comiso. Nótese que el hecho de que no exista una norma que estipule que los bienes decomisados tendrán como destino privilegiado la indemnización a las víctimas hace que la fiscalía haya tenido que rechazar solicitar estas acciones, atendiendo a que de ser acogidas el dinero iría al fisco y no a los perjudicados. Otras preguntas que se presentan son: qué posibilidad tiene el Estado de ordenar el comiso por el total del monto a cada interviniente en los delitos, en qué momento del proceso pueden los afectados solicitar la restitución de su dinero, cuál es la instancia para que eventuales terceros poseedores de buena fe puedan reclamar su propiedad sobre aquellos bienes y bajo qué fórmula se calcula el monto a indemnizar a cada víctima sobre el total del comiso.

³ Artículo 31: Toda pena que se imponga por un crimen o simple delito, lleva consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los instrumentos con que se ejecutó, a menos que pertenezcan a un tercero no responsable del crimen o simple delito. Para un estudio de esta disposición, véase ANANÍAS, Ignacio (2014) "El comiso de ganancias". *Revista de Estudios de la Justicia*, Vol. 21, pp. 153-196, COUSO, Javier; HERNÁNDEZ, Héctor (Dir.) (2011) *Código Penal Comentado*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, pp. 739, pp. 481-485 y GUZMÁN, José Luis (2009) *La pena y la extinción de la responsabilidad penal (Primera parte)*. Montevideo-Buenos Aires: Ed. B de F, pp. 412, pp. 336-337.

comiso civil (o *comiso sin culpabilidad*)⁴, el cual permite dirigirse contra la propiedad presuntamente envuelta en un hecho delictual con la finalidad de recuperarla eficazmente, indemnizar a las víctimas y fortalecer el mensaje de que nadie puede enriquecerse ilícitamente. Este tipo de comiso opera precisamente en aquellos casos en que resulta evidente que los bienes deben ser restituidos al fisco y por algún motivo no se puede aplicar el comiso penal.

Si nuestra legislación contara con un comiso civil el ente persecutor hubiese tenido una acción para dirigirse contra la suma total de los bienes presuntamente obtenidos ilícitamente por Pinochet (\$17.866.323, 20 dólares). Esta sería una acción *in rem* (o sobre la cosa), es decir, una acción contra el monto total de dinero ilegal. En el derecho estadounidense, por ejemplo, este proceso comenzaría con una acción de la policía que originalmente dio lugar a un comiso administrativo, pero siendo impugnado por el afectado, mutó a uno civil⁵. El estándar de prueba que se requeriría sería de *más allá de toda duda razonable* (esto es, más bajo que el estándar de convicción para una condena penal). Los eventuales propietarios del bien pueden establecer una defensa donde reclamen su propiedad sobre este y rechacen las sospechas de encontrarse ligado a un hecho delictual. Re caería en el Estado la obligación de fundamentar la existencia de un nexo causal entre la propiedad y la comisión de un delito y existiría un plazo dentro del cual otros eventuales propietarios inocentes del bien pueden ejercer su reclamo⁶.

Si el adjudicador nacional contara con reglas como las indicadas, la fiscalía ante el caso en cuestión habría podido establecer una acción contra el monto indicado, sujeta a un estándar de prueba más bajo. Atendiendo a que los peritajes demostraron que parte de los bienes de Pinochet fueron adquiridos mediante ilícitos (considerando cuadragésimo séptimo), el ente persecutor hubiese podido comenzar un proceso de comiso civil (sin necesidad de demostrar culpabilidad) para recuperar los bienes por esta vía. Tal procedimiento hubiese generado un escenario razonable, esto es, que atendiendo a que los peritajes indicaron que la familia Pinochet se había enriquecido ilegalmente, esta concepción primaría a menos de que ellos acreditasen judicialmente, dentro de un plazo establecido, lo contrario.

La solución de dar a la familia la posibilidad de demostrar lo contrario podría levantar la pregunta respecto a si no sería esto una inversión de

⁴ AGUADO CORREA, Teresa (2013) "Decomiso de los productos de la delincuencia organizada". *Revista electrónica de Ciencias Penales y Criminología*, pp. 1-27, pp. 10-13.

⁵ United States Code 18 § 983 (a)(3).

⁶ CASSELLA, Stefan (2001) "The Civil Asset Forfeiture Reform Act of 2000: Expanded Government Forfeiture Authority and Strict Deadlines Imposed on All Parties". *Journal of Legislation*, Vol. 97, pp. 97-151, pp. 98-99.

la carga de la prueba. La respuesta sería afirmativa. Pero, nos parece, ello se ve morigerado en el contexto de la existencia de presunciones simplemente legales aceptadas por los ordenamientos jurídicos con la finalidad de poder dar un razonable grado de probabilidad de ejecución a lo dispuesto en las leyes⁷. Lo anterior no vulnera el debido proceso consagrado en el artículo 19 N° 3 de la Constitución de la misma forma en que no lo hace la concesión de medidas cautelares penales o la obligación de todos los contribuyentes de demostrar la veracidad de las declaraciones tributarias ante el Servicio de Impuestos Internos.

En este caso, la sentencia demuestra que la Corte se da cuenta de que incluso intuitivamente es un error entender que el comiso es de naturaleza exclusivamente penal y no una consecuencia de una infracción general a derecho. El voto disidente de la Ministra MELO reconoce *Que nuestro ordenamiento jurídico le dedica poco esmero al comiso, existiendo insuficiencia de estudios dogmáticos referentes al tema y una escasa regulación que hace nuestra legislación penal sustantiva, reflejándose en que nuestro Código Penal se refiere escasamente a esta medida en solo dos artículos* (considerando octavo). A su vez, nota que la inexistencia de un comiso civil desvirtúa la eficacia de este, al sostener que *Dicho instrumento jurídico [la Propuesta Directiva del parlamento Europeo del 12 de marzo de 2012], que incorpora esta novedad, esto es, el comiso no basado en condena, responde a las demandas internacionales de previsión del mismo, con el fin de luchar eficazmente contra la delincuencia organizada y en particular, contra la corrupción* (considerando cuarenta y cinco).

En un intento de suplir la carencia de dicha institución en nuestro ordenamiento, y buscando un pronunciamiento de justicia material, la Ministra estuvo por mantener el decreto de comiso atendiendo a que *Los bienes adquiridos por Pinochet Ugarte son efecto del delito y en tal circunstancia la sustracción de caudales públicos no pueden considerarse ni eficaces ni legalmente adquiridos, puesto que en el patrimonio del citado encartado nunca pudo ni siquiera legítimamente integrarse con bienes fruto de un ilícito, puesto que los modos de adquirir están expresamente señalados en el estatuto civil* (considerando cincuenta). El problema de tal argumentación radica en que, por no existir un pronunciamiento condenatorio penal por el delito, nuestra judicatura entiende que no existe tal enriquecimiento ilícito, por lo que en principio no habría un problema en la naturaleza

⁷ Esta discusión estuvo presente en la Convención de Viena (1988), donde se autoriza la inversión de la carga de la prueba en el comiso civil. En materia de presunciones la discusión se da respecto a disposiciones mucho más drásticas, como el caso del Reino Unido, cuya legislación en el Proceeds of Crime Act (2002) estipula que el juez, para los efectos de determinar si existe fundada sospecha para decomisar, puede atender a la eventual forma de vida criminal (*criminal lifestyle*) que lleva el imputado, MCCLEAN, David (2007), *Transnational organized crime*. Oxford: Oxford University Press, pp. 512, pp. 44-45.

civil de la adquisición de Pinochet. Lo anterior, como nota la Ministra, contraría el sentido común teniendo en consideración que en el proceso penal se alcanzó a probar la existencia de la malversación, pero no se alcanzó a pronunciar una condena. En el estado procesal de la cuestión al momento del fallecimiento de Pinochet solo hubiese sido posible la legítima aplicación de un comiso sin condena previa, con el cual nuestra legislación no cuenta.

Otro problema que el fallo presenta dice relación con la forma en que debe exigirse el comiso en caso de que el delito se haya cometido bajo intervención delictiva múltiple. Nuestra legislación vigente nada dice al respecto. En este sentido, en el considerando vigésimo cuarto la Corte dispone: *Que luego de todo lo dicho, cabe señalar a modo de conclusión que por las razones expuestas en los motivos Octavo a Undécimo resulta jurídicamente improcedente calificar los hechos atribuidos a los acusados (...) como constitutivos de un delito continuado, sino que debe considerarse que cada uno de ellos es autor del o los hechos específicos que se les atribuye, y en el peor de los escenarios, en rigor, en coautoría (mediata) con Pinochet Ugarte.* La pregunta que se levanta es por qué no podría el Estado ejecutar una acción de comiso contra cada uno de los intervinientes vivos por la totalidad del enriquecimiento ilícito. Ello permitiría recuperar los bienes adquiridos ilegalmente tanto de los demás intervinientes como de la familia Pinochet. La respuesta radica en que nuestro ordenamiento jurídico no contempla la posibilidad de dicha hipótesis.

El problema de la división del comiso y la naturaleza de la orden en los casos de coautoría trata preguntas respecto a la legitimidad de exigir a cada interviniente el total del monto en cuestión, la legitimidad de exigir una división igualitaria respecto al monto total y la cantidad de intervinientes o si la solución correcta es imponer el comiso en proporcionalidad al grado de intervención delictiva de cada participante (y cuáles serían los criterios para determinarlos). Sí parece claro, en cualquier caso, que una correcta legislación sobre esto debe contemplar la posibilidad de una respuesta solidaria ante el enriquecimiento ilegal por parte de quienes hayan ejecutado una acción delictiva múltiple.

2) EN QUÉ CONSISTE EL COMISO CIVIL EN ESTADOS UNIDOS

Los dos grandes modelos de comiso⁸ son los seguidos por países de tradición anglosajona (Estados Unidos y el Reino Unido) y el de países

⁸ La palabra “comiso” se refiere a la institución que faculta al Estado para transferir el dominio de determinado bien al fisco, concurriendo determinadas hipótesis. En la legislación estadounidense se conoce como *asset forfeiture* y en la británica como *confiscation*, VETTORI, Barbara (2006) *Tough on criminal wealth*. Netherlands: Sprinter, pp. 158, p. 13. Cuando

de tradición europea continental (Alemania y España). Los primeros entienden que esta institución se divide en tres partes: un comiso administrativo, otro civil y uno penal. Las reglas se encuentran dispuestas en leyes especiales. El segundo modelo entiende que esta institución es eminentemente penal, existiendo un comiso administrativo para casos particulares en leyes especiales. En este sentido, entienden esta institución como una consecuencia de un delito y la tratan en el Código Penal⁹.

La legislación estadounidense contempla un sistema de comiso que se divide en tres partes, uno administrativo, civil y penal. Los dos primeros son acciones sobre la cosa (*in rem*), mientras que el penal es una acción sobre la persona (*in personam*). Que se trate de una acción sobre la cosa tiene diversas consecuencias: no se requiere la declaración de culpabilidad del propietario para decomisar, no operan en principio las garantías constitucionales penales del debido proceso (proporcionalidad, prohibición de *non bis in idem*, presunción de inocencia) y el estándar probatorio es más bajo¹⁰.

El comiso civil es una institución existente en Estados Unidos poco tiempo después de la Revolución, cuando en 1789 el Congreso promulgó un estatuto que permitía el comiso civil. Al igual que las reglas de la Corona inglesa, su primordial finalidad era operar sobre embarcaciones que no pagaban tributos o traficaban mercancía¹¹. El primer caso emblemático fue el denominado Palmyra (1827)¹², donde un barco de piratería español fue juzgado y condenado por cometer un crimen¹³.

Con posterioridad a su entrada en vigencia, desde los años 70 en adelante las necesidades de combatir la creciente criminalidad organizada en materia de drogas y lavado de activos llevó a que el comiso se expan-

solo se incauta (esto es, el momento en que el Estado ejecuta su prerrogativa de detener la circulación de un bien dejándolo en custodia, sin transferir el dominio) la ley anglosajona refiere a *seizure*. Las expresiones "comiso e incautación" suelen ser utilizadas indistintamente por la tradición jurídica nacional, cuestión que induce a error.

⁹ El Código Penal chileno lo contempla en el título relativo a las "Penas que llevan consigo otras accesorias" (artículo 31), mientras que el español en "Consecuencias accesorias" (artículo 127). El alemán como "Medidas" (artículo 11 N° 8). Situación distinta al trato que recibe en el derecho anglosajón, donde el comiso estadounidense se encuentra reglado según el tipo de comiso, siguiendo la tripartición entre uno civil (18 USC §981), Penal (21 USC §853) y Administrativo (15 USC §904.504). El Reino Unido trata el comiso "Confiscation" en el mismo cuerpo normativo que la restitución civil (Proceeds of Crime Act, 2002).

¹⁰ CASSELLA (2001) 13-14.

¹¹ CRAWFORD, Andrew (2015) "Civil Asset Forfeiture in Massachusetts: A Flawed Incentive Structure and Its Impact on Indigent Property Owners". *Boston College Journal of Law and Social Justice*, Vol. 35, pp. 257-284, p. 261.

¹² United States v. The Palmyra, 25 US. (12 Wheat.) 1 (1827), 2-2, 2-3.

¹³ BARNET, Todd (2002) "Legal fiction and forfeiture: An historical analysis of the civil forfeiture reform act". *Duq. Law Review*, Vol. 40 N° 77, pp. 77-109, pp. 77-78.

diera. En 1978 se promulgó la ley de sustancias psicotrópicas¹⁴ y en 1984 se realizó una modificación expansiva llamada control exhaustivo del crimen¹⁵. Con posterioridad a ello, en el año 2000 se realizó la reforma más significativa al sistema de comiso civil, llamada Reforma de Comiso Civil (*civil asset forfeiture reform act*), la cual aumentó las garantías procesales de los eventuales propietarios inocentes y expandió el comiso civil a doscientos delitos federales¹⁶.

El comiso civil puede comenzar porque un comiso administrativo derivó en él o por el inicio de una acción de comiso civil propiamente tal. En el primer caso, el proceso de un comiso administrativo permite que dentro de un plazo el dueño del bien eventualmente decomisado interponga una acción para impugnar este proceso¹⁷. De ocurrir esto, se interrumpirá el comiso administrativo y comenzará uno civil o penal¹⁸.

Las reglas de este sistema de confiscación se encuentran dispuestas en la regla 18 Código de Estados Unidos §983 (a)(3). En ente persecutor suele iniciar dicho procedimiento para la recuperación expedita de bienes cuando existe sospecha fundada de que estos están involucrados en un ilícito. Se puede decir en términos generales, que no se trata de una acción distinta a cualquier acción civil. En su procedimiento, en primer lugar el Estado presenta una demanda alegando que determinada propiedad debe ser sujeta a comiso, conforme al estatuto que sea aplicable en esa jurisdicción. Luego la parte demandada tiene la posibilidad de contestar la

¹⁴ *Psychotropic substances act*. Según la regla 21 Código de Estados Unidos §881 (a)(6) es sujeto de comiso: "Todo el dinero, los instrumentos negociables, valores u otras cosas de valor amobladas o que se intentaron amoblar por cualquier persona en circunstancias de intercambio de una sustancia prohibida (...), todas las ganancias producidas por tal intercambio, y todo el dinero, los instrumentos parte del negocio y los valores usados o intentados usar para facilitar el intercambio".

¹⁵ *Comprehensive crime act*. Según la regla 21 Código de Estados Unidos §881 (a)(7) es sujeto de comiso: "Toda la propiedad real, la cual se usa o intenta usar de cualquier manera, o proviniendo de cualquier parte, para facilitar la comisión de una infracción".

¹⁶ CASSELLA (2001) 5.

¹⁷ Los requisitos para que opere el comiso civil son los dispuestos en la regla 19 Código de Estados Unidos §1607. Se observará el comiso si: (1) El valor de la nave decomisada, vehículo, aeronave, mercadería o equipaje no excediere de los \$500,000 USD; (2) La mercadería decomisada se tratara de mercadería prohibida de importar; (3) Si la nave decomisada, el vehículo o la aeronave fue usado para importar, exportar, transportar o almacenar cualquier sustancia controlada o estupefacientes enlistados, o; (4) Si la mercadería decomisada es un instrumento monetario que se corresponde con el significado de lo expuesto en la sección 5312(a)(3) del título 31. Los oficiales competentes deben informar de la incautación de tales artículos y de la intención de decomisarlos y venderlos o disponer de ellos, debiendo, según la ley, publicarlo al menos durante tres semanas sucesivas en la forma en que la Secretaría del Tesoro informará. La información escrita del comiso en conjunto con la información del procedimiento aplicable debe ser enviada a cada parte que demuestre tener un interés en el artículo incautado.

¹⁸ MORLEY, Steven (2009) "Federal asset forfeiture and the military". *Air Force Law Review*, pp. 196-210, pp. 197-210, p. 201.

demanda demostrando el dominio sobre el bien y exponiendo su defensa frente a los hechos ilícitos que se le imputan. Aun cuando el ente persecutor logre acreditar la existencia de un nexo causal entre la propiedad y un ilícito el proceso no está terminado, toda vez que existe un reglamento denominado defensa unificada del propietario inocente (*uniform innocent owner defense*) que detalla las vías según las cuales el demandado puede probar que siendo dueño no tuvo conocimiento de que su propiedad fue utilizada para cometer un crimen o que siéndolo y sabiéndolo hizo todo lo que pudo para evitarlo¹⁹.

El comiso civil, frente al penal, no requiere que la judicatura condene a alguien como culpable de un delito. El estándar de prueba es más bajo, como es la preponderancia de la evidencia (*preponderance of evidence*) de que los bienes “participaron” de un ilícito frente al estándar de más allá de toda duda razonable (*beyond reasonable doubt*) propio del proceso criminal. A su vez, los bienes decomisables en el proceso penal está acotados a aquellos relacionados con el delito por el que la persona ha sido condenada, mientras que en el comiso civil el Estado se puede dirigir contra cualquier bien en que exista fundada sospecha de encontrarse ampliamente envuelto en la acción delictual. Lo anterior incluye los bienes de terceros. Mientras en el comiso criminal el ente persecutor no puede dirigirse en contra de ellos, en el civil está permitido sin perjuicio de quien sea el propietario, manteniendo el tercero, evidentemente, un recurso de restitución como propietario inocente²⁰.

Para que se inicie la acción de comiso civil, el Estado debe presentar una demanda contra la propiedad dentro de los noventa días desde que el o los bienes fueron incautados y se haya presentado una impugnación dentro del proceso de comiso administrativo. Si el Estado no presenta la demanda dentro de plazo y no hay impugnación, el comiso civil sobre la propiedad queda prohibido (en contraposición a ello, el comiso criminal no está constreñido a ningún plazo para su oposición). Otra de sus limitaciones operativas dice relación con el hecho de que opera exclusivamente sobre la propiedad determinada relacionada al delito; no se puede ordenar el comiso de bienes sustitutos o valor equivalente en dinero (dado a que se trata de una acción *in rem*). Esto tiene especial relevancia para los casos de comiso de ganancias, tráfico de drogas o fraudes donde se transe dinero en efectivo, toda vez que este probablemente acabe mezclado con otros capitales o bien dilapidado²¹.

¹⁹ CASSELLA, Stefan (2013) *Asset forfeiture law in the United States*. Second Edition, New York: Juris Publishing, pp. 1252, pp. 15-18.

²⁰ WORRAL John (2004) “A civil asset forfeiture reform act of 2000: a sheep in wolf clothing”. *International Journal of Police Science and Management*, pp. 220-240, pp. 222-223.

²¹ CASSELLA (2013) 20-22.

La institución en cuestión ha presentado dos principales problemas interpretativos en la jurisprudencia, los cuales han sido parcialmente resueltos por la Corte Suprema.

La primera pregunta es si la imposición del comiso civil se trata de una pena. Si la respuesta es afirmativa, entonces no podría existir un proceso de comiso penal coetáneo o posterior que involucre los mismos bienes. Si la respuesta es positiva, a su vez, se harían operativas las garantías del proceso penal para este tipo de comiso. La sentencia *Boyd v. US (1886)*²² sostuvo que el comiso civil no solo tiene una función jurisdiccional sino también una punitiva. A su vez, ante los hechos de comisión imprudente el procesado se encuentra protegido por la prohibición de autoincrimación de la V Enmienda²³. La sentencia *Austin v. US (1993)*²⁴ declaró como característica esencial del comiso civil que se trata de uno punitivo para los efectos de la VIII Enmienda²⁵. El pronunciamiento más reciente es *US v. Ursery (1996)*²⁶, donde la Corte Suprema sostuvo que puede desarrollarse un comiso civil y uno penal donde eventualmente se decomisen los mismos bienes dado a que no importan dos sanciones criminales ni dos procesos criminales, y dado a que el comiso civil es una sanción contra la propiedad y el penal contra la persona.

La segunda pregunta es si el desarrollo de un proceso de comiso civil y penal constituye o no *non bis in idem (double jeopardy)*. En *One lot of cut stones v. US (1972)*²⁷ se sostuvo que era legítimo el comienzo de un proceso de comiso civil posterior a uno penal con la finalidad de recuperar determinados bienes envueltos en un ilícito, no existiendo *non bis in idem* ni infracción a la V Enmienda. Posteriormente, en *US v. Halper (1989)*²⁸ se sostuvo que el inicio de un proceso de comiso civil después de que finalizara uno penal donde se condenó a los intervinientes por fraude constituía una infracción a la V Enmienda. Algunos años más tarde, se falló *US v.*

²² United States, *Boyd v. United States*, 116US 616 (1886), 2-11(a), 2-12.

²³ “Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le forzará a declarar contra sí mismo en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará su propiedad privada para uso público sin una justa indemnización”.

²⁴ United States, *Austin v. United States*, 509 US. 602 (1993), 2-2, 2-3, 2-5, 2-9(a), 2-9(b), 2-10(a), 2-12, 28-2.

²⁵ “No se exigirán fianzas excesivas, ni se impondrán multas excesivas, ni se infligirán penas crueles y desusadas”.

²⁶ United States, *Ursery, United States v.*, 518 US. 267 (1996), 1-4(c), 1-5(a)(2), 2-2, 2.4, 2-10, 2-10(b), 14-2.

²⁷ United States, *One lot of emerald cut stones v. United States*, 409US. 232 (1972), 1-5(a)(2), 2-4, 2-10(a), 14-3.

²⁸ United States, *US v. Halper*, 490 US 435 (1989).

Ursery, ya descrito. En *Vampire Nation v. US (2006)*²⁹ la Corte de Circuito sostuvo que pueden operar ambos comisos, uno para recuperar los bienes y el otro para imponer el castigo, sin que exista infracción al debido proceso.

El comiso civil es una institución que tiene por finalidad permitir que el Estado pueda recuperar eficazmente bienes que fueron obtenidos de manera contraria a derecho. Ello permite la correcta indemnización de las víctimas con los bienes recuperados y no permitir que el crimen sea una actividad rentable. A su vez, permite restablecer el orden de cosas al momento previo a la ruptura del orden normativo. Se trata de una prerrogativa estatal que ha comenzado a ser implementada en otras legislaciones, sea con esa misma nomenclatura o bajo el rótulo de *comiso sin previa culpabilidad*³⁰.

CONCLUSIONES

La forma decimonónica en que nuestra legislación trata la institución del comiso requiere ser revisada y modificada. Al momento de la entrada en vigencia del Código el sentido de esta figura radicaba en no permitir el absurdo de que quien cometía un delito contra el patrimonio pudiese quedarse con aquello que obtuvo ilícitamente, adecuado a la forma en que se observaban los delitos contra el patrimonio en el Chile de esa época. Pero la creciente acumulación de riquezas vivida a finales del siglo XX así como la complejización del crimen organizado ha llevado a la necesidad de complejizar también, y permitir una respuesta más efectiva, las disposiciones legales en esta materia.

Legislaciones comparadas tales como las de Estados Unidos, Inglaterra, Australia, España y Alemania comenzaron hace ya décadas con esta empresa. El fundamento de tales modificaciones no radicó exclusivamente en la necesidad ya enunciada. La justificación del comiso radica, a su vez, en que el crimen no puede ser una actividad lucrativa porque nadie puede enriquecerse de su propio dolo. Sumado a lo anterior, para efectos

²⁹ United States, *Vampire Nation, United States v.* 451 F.3d, 189 (3rd Circuit. 2006), 1-4(b), 15-2, 15-4, 19-4(c), 25-2(b).

³⁰ Irlanda incorporó el comiso civil en 1996 (Proceeds of Crime Act), de significativa influencia estadounidense, Sudáfrica promulgó el suyo en 1992 (ley N° 140), Australia contaba con estas reglas desde 1979 (Costum Act Reform) posteriormente modificadas en 1995 y 2002 (Proceeds of Crime Act), Canadá el año 2001 (Remedies for Organized Crime and other Unlawful Activities), el Reino Unido desde 2002 (Proceeds of Crime Act), Hong Kong en 1989 con sus principales reformas en 1994, Taiwán, a pesar de no tener un comiso civil propiamente tal tiene un sistema de comiso judicial y uno no judicial. España incorporó el comiso sin condena el año 2003 y Alemania en 1975, YOUNG, Simon M.N. (2009) *Civil forfeiture of criminal property: legal measures for targeting the proceeds of crime*. Cheltenham: United Kingdom, pp. 392.

preventivos, el ordenamiento jurídico no puede expresar un mensaje que permita que participar de organizaciones criminales sea una actividad rentable. Finalmente, este es el único sistema que permite que las víctimas recuperen sus bienes, lo que posibilita el resarcimiento del daño.

La sentencia rol N° 1649-2004 dejó en plástica evidencia que las reglas actuales de comiso son insuficientes y no presentan mayores dificultades para el hechor que quiera burlarlas. Ello quedó constatado, como se mencionó, en el hecho de que no existe posibilidad de decomisar los bienes ilícitos de la persona que falleció en el proceso, no hay reglas para la recuperación de bienes envueltos en una sucesión hereditaria, no existe un sistema de comiso contra las cosas ni una acción que permita recuperar bienes sin previa condena de culpabilidad. Lo anterior deja a nuestra legislación en un retraso de cuatro décadas en comparación a la de países desarrollados en esta materia.

La legislación estadounidense es un buen horizonte comparativo para mejorar estas reglas. Contando con un modelo de comiso tripartito (administrativo, civil y penal), incluye a su vez una acción de comiso civil ya desde finales del siglo XVIII. El trabajo conjunto de esto tres tipos de acciones permite que la restitución de bienes obtenidos ilegalmente sea un hecho y no meramente un enunciado en la ley³¹. Los principales problemas que el comiso civil ha presentado (si se trata de una consecuencia jurídica o una pena, si existe *non bis in idem* cuando actúa en conjunto con uno penal) han sido tematizados y resueltos parcialmente por la Corte Suprema en distintos pronunciamientos. Su jurisprudencia y los artículos escritos por los comentaristas permiten vislumbrar cuáles son los principales problemas que una modificación a nuestras reglas de comiso debería considerar.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUADO CORREA, Teresa (2013) “Decomiso de los productos de la delincuencia organizada”. *Revista electrónica de ciencias penales y criminología*, pp. 1-27.
- ANANÍAS, Ignacio (2014) “El comiso de ganancias”. *Revista de Estudios de la Justicia*, Vol. 21, pp. 153-196.
- BARNET, Todd (2001) “Legal fiction and forfeiture: An historical analysis of the civil forfeiture reform act. Duquesne”. *Law review* Vol. 40 N° 77, pp. 77-109.
- COUSO, Javier; HERNÁNDEZ, Héctor (Dir.) (2011) *Código Penal Comentado*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, pp. 739.

³¹ A mediados de los años 2000 el Departamento de Justicia de Estados Unidos decomisaba alrededor de \$1.5 billones de dólares anuales, CASSELLA (2013) 33.

- GUZMÁN, José Luis (2009) *La pena y la extinción de la responsabilidad penal (Primera parte)*. Montevideo-Buenos Aires: Ed. B de F, pp. 412.
- CASSELLA, Stefan (2001) "The Civil Asset Forfeiture Reform Act of 2000 (2001): Expanded Government Forfeiture Authority and Strict Deadlines Imposed on All Parties". *Journal of Legislation*, Vol. 27, pp. 97-152.
- CASSELLA, Stefan (2013) *Asset forfeiture law in the United States*. Second Edition, New York: Juris Publishing, pp. 1252.
- CRAWFORD, Andrew (2015), "Civil Asset Forfeiture in Massachusetts: A Flawed Incentive Structure and Its Impact on Indigent Property Owners". *Boston College Journal of Lay and Social Justice*, Vol. 35, pp. 257-284.
- MCCLEAN, David (2007) *Transnational organized crime*. Oxford: Oxford University Press, pp. 512.
- MORLEY, Steven (2009) "Federal asset forfeiture and the military". *Air Force Law Review*, Vol. 63, pp. 197-210.
- WORRAL John (2004) "A civil asset forfeiture reform act of 2000: a sheep in wolf clothing". *International Journal of Police Science and Management*, pp. 220-240.
- YOUNG, Simon M.N. (2009) *Civil forfeiture of criminal property: legal measures for targeting the proceeds of crime*. Cheltenham: United Kingdom, pp. 392.
- VETTORI, Barbara (2006) *Tough on criminal wealth*. Netherlands: Springer, pp. 158.

JURISPRUDENCIA CITADA

- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 7 de mayo de 2015, Rol N° 1649-2004, Caso Riggs. Contra Sergio Moreno, Marcelo Saravia y otros.
- SEGUNDO JUZGADO DE GARANTÍA, 18 de diciembre de 2015, Rit N° 6930-2012, Caso La Polar, Contra Pablo Alcalde Saavedra y otros.
- UNITED STATES, *The Palmyra v. United States*, 25 U.S. (12 Wheat.) 1 (1827), 2-2, 2-3.
- UNITED STATES, *One lot of emerald cut stones v. United States*, 409 U.S. 232 (1972), 1-5 (a)(2), 2-4, 2-10(a), 14-3.
- UNITED STATES, *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616 (1886), 2-11(a), 2-12.
- UNITED STATES, *US v. Halper*, 490 U.S. 435 (1989)
- UNITED STATES, *Austin v. United States*, 509 U.S. 602 (1993), 2-2, 2-3, 2-5, 2-9(a), 2-9(b), 2-10(a), 2-12, 28-2.
- UNITED STATES, *Ursery, United States v.*, 518 U.S. 267 (1996), 1-4(c), 1-5(a)(2), 2-2, 2-4, 2-10, 2-10(b), 14-2.
- UNITED STATES, *Vampire Nation, United States v.* 451 F.3d 189 (3rd Cir. 2006), 1-4(b), 15-2, 15-4, 19-4(c), 25-2(b).