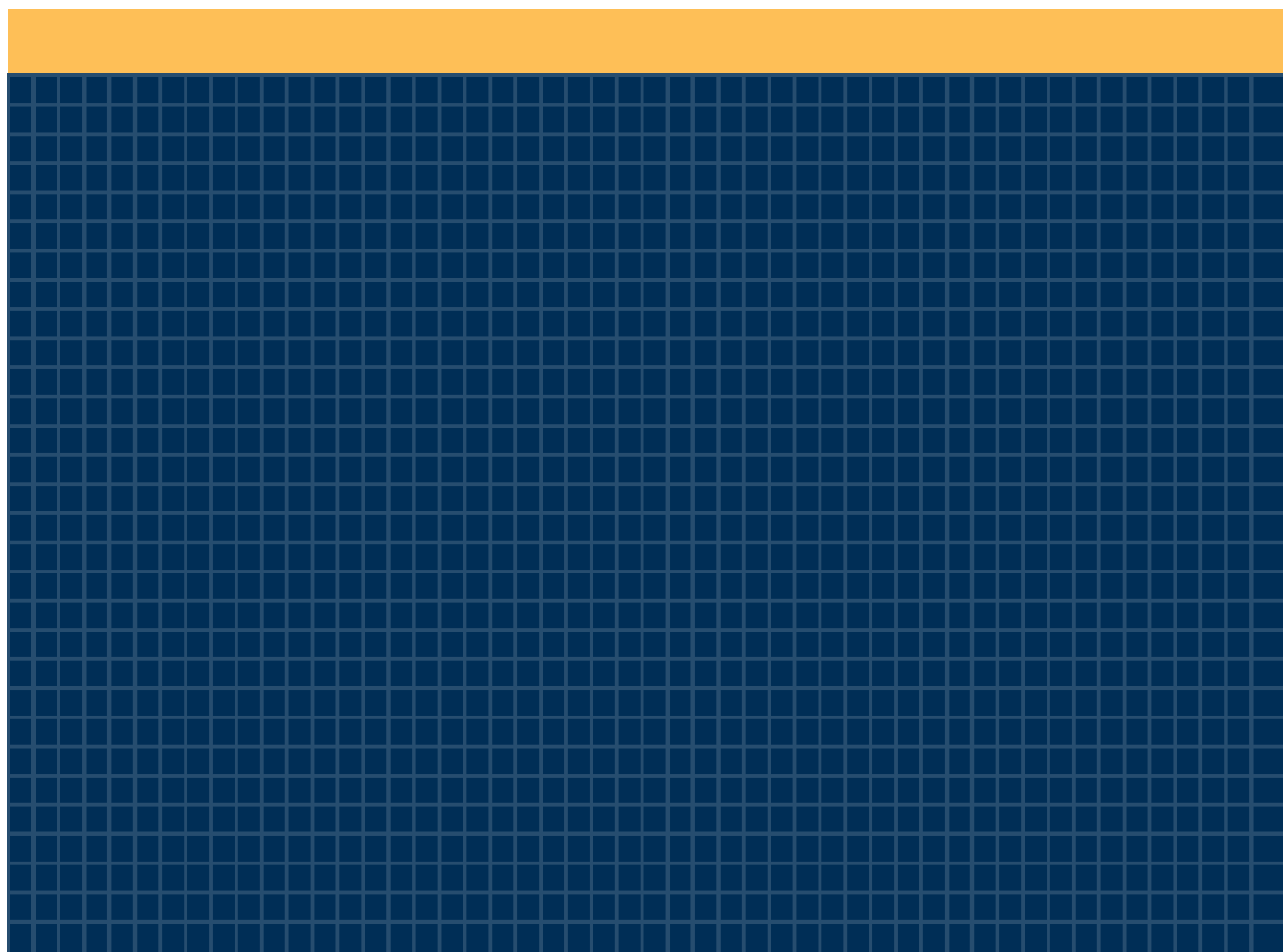


ISSN: 0718-6479



Revista Jurídica del Ministerio Público

Nº39 - JUNIO 2009



EL COMISO Y LOS TERCEROS

Alejandra Vera Azócar¹

I. Introducción

En la actualidad, ya no es posible centrarnos únicamente en un derecho penal clásico, del prototipo del homicidio de un hombre por otro o de una delincuencia asociada al hurto y al robo, sino por el contrario, es preciso atender cada vez más a un derecho penal moderno o también llamado derecho penal de la globalización², que responde al paradigma de una criminalidad que pretende el lucro económico a gran escala, impulsándose desde estructuras complejas y desde organizaciones criminales de gran potencialidad lesiva. Es por ello, que se hace urgente la instauración de mecanismos eficaces de prevención y represión de aquellas organizaciones criminales, debiendo orientarse la política criminal, a la destrucción del poder económico de ellas.

En este sentido, uno de los temas más complejos en nuestra sociedad ha sido y sigue siendo el tráfico ilícito de estupefacientes, fenómeno que afecta a los más variados ámbitos, culturales, morales, políticos y económicos. Siendo de público conocimiento que este tipo de ilícitos constituye, en el presente, una de las actividades más lucrativas, produciéndose por consiguiente, que alguno de sus cabecillas estén o hayan estado entre los hombres más acaudalados del mundo, y así lo han demostrado dos revistas norteamericanas, “Fortune” y “Forbes”, las cuales han ubicado a dos narcotraficantes colombianos entre los quince hombres más ricos del mundo. De esta manera, se ha sostenido que las organizaciones ilícitas dedicadas al narcotráfico, especialmente las de América Latina, controlan y manejan recursos que superan ampliamente los presupuestos nacionales de algunos países.

Es así como, hoy por hoy, cada vez más, la comunidad adquiere la convicción de que tras las conductas delictivas relacionadas al mundo de la droga, no existe sino la realización de un gran negocio económico, capaz de desestabilizar no sólo a la economía, sino también de corromper los sistemas políticos y judiciales de algunos países. Es por ello que, en diversas resoluciones de las Naciones Unidas, se ha calificado al narcotráfico y al consumo de drogas como un problema urgente y de máxima prioridad, enfatizándose que estos fenómenos constituyen un peligro para el desarrollo económico y social de los

1 Abogada de la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Como lo denomina CHOCLÁN MONTALVO J.A. El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de ganancia. Editorial Dykinson, Madrid-España 2001, p. 15.

pueblos; la salud pública; y el bienestar físico y moral, con especial incidencia en la juventud³.

La tarea, por tanto, va encaminada a la reducción y eliminación de los beneficios económicos obtenidos a través de esta actividad criminal, entendiendo que una lucha eficaz contra la delincuencia está directamente supeditada a una regulación efectiva de una de las mayores herramientas de que dispone el ordenamiento jurídico para atacar el patrimonio de destino u origen criminal⁴, esto es, el comiso.

Es por ello, que el comiso ha pasado a ser un instrumento necesario y eficaz en la lucha contra el tráfico ilegal de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, al hacerse imperativo afectar el patrimonio ilícitamente obtenido.

3 En este sentido destacan las siguientes: resolución A/RES/47/102 (Naciones Unidas. “Lucha internacional contra el uso indebido y el tráfico ilícito de drogas.”, 26 de abril de 1993), la cual señala que “...la producción y el tráfico ilícitos de estupefacientes y sustancias sicotrópicas siguen poniendo en grave peligro los sistemas socioeconómicos y políticos, y la estabilidad, la seguridad nacional y la soberanía de un número cada vez mayor de Estados...”; resolución A/RES/S-20/3 (Naciones Unidas. Aprueba la Declaración sobre los principios rectores de la reducción de la demanda de drogas. 8 de septiembre de 1998), que en el numeral 1 de su anexo expresa “todos los países se ven afectados por las consecuencias devastadoras del uso indebido y el tráfico ilícito de drogas: perjuicios para la salud; una ola de delincuencia, violencia y corrupción; la sangría de recursos humanos, naturales y financieros que en otras circunstancias habrían estado al servicio del desarrollo social y económico...”; resolución A/RES/53/115 (Naciones Unidas. “Cooperación Internacional contra el problema mundial de las drogas.”, 1 de febrero de 1999), en la cual, la Asamblea General observa “con grave preocupación que, pese a los redoblados esfuerzos de los Estados, las organizaciones internacionales competentes, la sociedad civil y las organizaciones no gubernamentales, se registra una expansión del problema de las drogas a escala mundial que pone en grave peligro la salud, la seguridad y el bienestar de toda la humanidad, en particular de los jóvenes, en todos los países, socava el desarrollo, la estabilidad socioeconómica y política y las instituciones democráticas, entraña un costo económico cada vez mayor a los gobiernos...”. En este orden de ideas, es indispensable subrayar además, lo preceptuado por la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, que en su parte introductoria señala que “las Partes en la presente Convención, profundamente preocupadas por la magnitud y tendencia creciente de la producción, la demanda y el tráfico ilícitos de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, que representan una grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos y menoscaban las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad...Reconociendo también que el tráfico ilícito es una actividad delictiva internacional cuya supresión exige urgente atención y la más alta prioridad...”.

4 Consideramos forzoso diferenciar ambos conceptos, entendiendo al patrimonio de origen criminal, como el conjunto de bienes adquiridos con el producto del hecho ilícito, mientras que con el patrimonio de destino nos referimos al conjunto de bienes que, habiendo sido adquiridos de manera lícita, son consignados o utilizados para la comisión de hechos punibles.

II. Concepto

El comiso, es sin duda, uno de aquellos asuntos a los cuales se les ha dedicado menor atención, tanto en nuestra legislación interna como en el derecho comparado. En particular, en nuestro ordenamiento jurídico, esta despreocupación se ha traducido en la insuficiencia de estudios dogmáticos referentes al tema y en la escasa regulación que hace nuestra legislación penal sustantiva de la materia. Prueba de ello es que incluso el Código Penal se refiere escasamente a esta medida, en tan sólo dos artículos.

Ahora bien, como la aplicación de esta institución se ha hecho frecuente y relevante en ciertos delitos, ha sido también necesaria su regulación en leyes especiales, como la Ley de Aduanas, la Ley de Alcoholes, la Ley de Control de Armas, la Ley de Abusos de Publicidad y en la Ley que sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. Es en esta última en donde la figura del comiso ha adquirido una connotación con singular impacto, debido a la complejidad que en nuestra época reviste el llamado negocio de las drogas.

Al aproximarnos a establecer un concepto de comiso, es trascendental hacer la distinción entre éste y la confiscación, términos que en la práctica han resultado para la mayoría confusos y análogos, coincidiendo todas las áreas que estamos en presencia de penas accesorias. De esta forma, confiscar, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es penar con privación de bienes, que son asumidos por el Fisco, entendiéndose en este caso, que se trata de la privación de todos los bienes de una persona y no sólo de algunos, como ocurre con el comiso⁵.

El decomiso, que deriva del latín *commisum* es, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, una pena accesoria a la principal, que consiste en la privación definitiva de los instrumentos y del producto del delito o falta. En nuestro derecho, el comiso, es una medida similar a la confiscación, consistente en privar a una persona de sus bienes, pero aplicable sólo limitadamente a aquellos que han sido empleados en la preparación o comisión del delito (*instrumenta scaeleris*), o que han sido producidos directamente por el delito (*producta scaeleris* o efectos del delito). Como nuestro ordenamiento jurídico no contempla una definición cabal de lo que debe entenderse por comiso, es necesario recurrir a la ilustración de los autores. En este sentido,

5 La pena de confiscación está establecida en el artículo 19, N°7, letra G, de la Constitución Política, el cual prescribe que “no podrá imponerse la pena de confiscación de bienes, sin perjuicio del comiso en los casos establecidos por las leyes; pero dicha pena será procedente respecto de las asociaciones ilícitas”. Esta dificultosa redacción del constituyente para regular la prohibición de la pena de confiscación en Chile, es una de las pocas en occidente, que admite la aplicación de la pena de confiscación respecto de las asociaciones ilícitas.

Silvina Bacigalupo, en su libro “Ganancias Ilícitas y Derecho Penal”⁶, nos proporciona una noción de comiso, señalando que éste es la confiscación de una cosa que proviene de un delito o ha sido utilizada para su ejecución, privando de ella a su titular o detentador para ser adjudicada al Estado. La mayoría de los códigos lo consideran una pena y, generalmente, una pena accesoria, excepcionalmente se le ha considerado una medida de seguridad.

Nuestro Código Penal se refiere al comiso en los artículos 21 y 31. El artículo 21 incluye al comiso, conjuntamente con la multa, como una de las penas comunes a las penas de crímenes, simples delitos y faltas y lo define escuetamente como la pérdida de los instrumentos o efectos del delito. Por ello es necesario aplicar, también, para el mejor entendimiento de esta medida, el mencionado artículo 31, que constituye la regla general en materia de comiso en nuestra legislación⁷, al disponer que “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”. Estos artículos, aplicándolos armónicamente, nos llevan a concluir que el comiso es la pérdida de los efectos que provengan de un delito o falta y de los instrumentos con que el mismo se ejecutó, impuesta al responsable en la correspondiente sentencia condenatoria que pone término al juicio.

Estamos de acuerdo con lo sostenido por don José Antonio Choclán⁸ en lo relativo a que el comiso supone una restricción del derecho de propiedad, por el interés social de corregir las situaciones patrimoniales ilícitas y prevenir la comisión de futuros hechos punibles mediante la utilización ilícita del patrimonio. En el comiso de los instrumentos del delito existe un interés social, de naturaleza preventivo-general, consistente en poner de manifiesto a la comunidad que el dominio puede perderse cuando es utilizado con fines ilícitos.

III. Constitucionalidad del comiso

La Constitución Política de la República de Chile, en su artículo 19 N°24, asegura a todas las personas el derecho de propiedad en sus diversas especies, sobre toda clases de bienes corporales e incorporeales, en la medida en que haya sido adquirida en virtud de los modos que establece la ley y cumpla con las

6 SILVINA BACIGALUPO. *Ganancias Ilícitas y Derecho Penal*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid-España 2002.

7 El origen de esta norma, deriva del artículo 59 del Código Penal español de 1850, que establecía que “toda pena que se imponga por un delito lleva consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los instrumentos con que se ejecute. Los unos y los otros serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero, no responsable del delito”.

8 CHOCLÁN MONTALVO J.A. *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de ganancia*. Editorial Dykinson, Madrid-España 2001.

obligaciones que derivan de la función social de la propiedad. Declarando en su inciso segundo que la ley puede establecer limitaciones y obligaciones que deriven de la función social de la propiedad, la que comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

Asimismo, en el inciso tercero, nuestra Carta Fundamental, asegura que nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de una ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública. A su vez, el artículo 19 N°7, letra g, establece que no podrá imponerse la pena de confiscación de bienes, sin perjuicio del comiso en los casos establecidos por las leyes; pero dicha pena será procedente respecto de las asociaciones ilícitas.

De acuerdo con estas normas constitucionales, nuestro ordenamiento jurídico admite la privación del dominio, en beneficio del Estado, respecto de bienes que hayan sido adquiridos de manera ilícita o que hayan sido utilizados o sean fruto de la comisión de un hecho ilícito.

A mayor abundamiento, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, ratificada por Chile y publicada en el Diario Oficial el 20 de agosto del año 1990, incorpora válidamente en nuestra legislación, en virtud del artículo 5 de la Constitución, normas regulatorias del comiso.

Esta Convención, en su artículo 5, señala que “cada una de las partes adoptará las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso: a) Del producto derivado de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, o de bienes cuyo valor equivalga al de ese producto; b) De estupefacientes y sustancias sicotrópicas, los materiales y equipos u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en cualquier forma para cometer los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3”. Asimismo, en virtud del numeral 9 del artículo 5 de la Convención, se establece que “nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará al principio de que las medidas que en él se prevén serán definidas y aplicadas de conformidad con el derecho interno de cada una de las Partes, y con arreglo a lo dispuesto en él”, dejando de esta manera al legislador nacional la regulación de las situaciones en que es posible aplicar el comiso y el procedimiento por medio del cual éste puede ser declarado, siendo menester que la declaración del comiso sea efectuada con arreglo a la ley y mediante sentencia judicial.

De esta forma, la figura del comiso está ampliamente reconocida y aceptada, tanto por nuestra legislación interna (que, con la concurrencia de establecidos presupuestos requeridos legalmente reconoce como constitucionalmente legítima la privación de determinados derechos cuando se persiga la satisfacción

de un interés público, sin que se verifique contraprestación a favor del titular por la privación de su dominio); como por el derecho internacional, con la clara decisión de privar a las personas dedicadas al tráfico ilícito, del producto de sus actividades delictivas y de los instrumentos destinados a ello, “consistiendo precisamente en ello la sanción que supone el comiso como medida de naturaleza penal, como consecuencia accesoria que, en realidad, encubre una pena patrimonial”⁹.

IV. El comiso en la Ley de Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas

La Ley N°20.000, publicada en el Diario Oficial el 16 de febrero del año 2005, que sustituye a la Ley N°19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, regula el comiso en sus artículos 45 y 46, siendo factible realizar al respecto, la siguiente distinción:

- Comiso de los bienes que han sido instrumentos del delito (*instrumentum sceleris*), “...caerán especialmente en comiso los bienes raíces; los muebles, tales como vehículos motorizados terrestres, naves y aeronaves, dinero, efectos de comercio y valores mobiliarios; y en general, todo instrumento que haya servido o hubiere estado destinado a la comisión de cualquiera de los delitos penados en esta ley...como, asimismo, todos aquellos bienes facilitados o adquiridos por terceros a sabiendas del destino u origen de los mismos”¹⁰. Este, en conformidad a lo expresado por Choclán Montalvo¹¹, es un comiso de seguridad, que tiene como objetivo la prevención de determinados riesgos, como puede ser, su posible utilización para la comisión futura de hechos punibles, sancionándose la creación de un riesgo desaprobado, intentando con ello, prevenir a la comunidad de los riesgos de la posible utilización peligrosa del bien. Asimismo, este comiso es un caso de medida *ad personam*, dirigida a contrarrestar la peligrosidad del sujeto, no de la cosa.
- Comiso de los objetos producidos por el delito (*producta sceleris*), y las utilidades de éste, “...caerán especialmente en comiso... los efectos que de ellos provengan y las utilidades que hubieren originado, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, o las transformaciones que hubieren experimentado...”. La privación de las ganancias, por ejemplo, de la venta de la droga, persigue fines preventivos tanto especiales como

⁹ Ibíd, p. 78.

¹⁰ Artículo 45, Ley N°20.000.

¹¹ CHOCLÁN MONTALVO J.A. El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de ganancia. Editorial Dykinson, Madrid-España 2001.

generales¹² y responde fundamentalmente a la necesidad de restablecer el orden económico.

En la actualidad, el criterio adoptado por nuestros Tribunales relativo a la pérdida de los instrumentos del delito, apunta a que el comiso no sólo ha sido utilizado por su connotación preventivo-especial, sino también por su fundamento preventivo-general, por cuanto la pérdida de la propiedad de un bien que ha sido destinado a la comisión de un hecho punible, siembra en la conciencia colectiva de la comunidad, el conocimiento de que puede perderse la propiedad de un bien, cuando éste es utilizado para pretensiones ilícitas.

Especies susceptibles de ser decomisadas

La Ley de Drogas señala como bienes que pueden ser objeto de incautación a los siguientes:

- a) Los instrumentos, objetos de cualquier clase y efectos que parecieren haber servido o haber estado destinados a la comisión del hecho investigado, o los que de él provinieren, o los que pudieren servir como medios de prueba, así como los que se encontraren en el sitio del suceso. Estas especies incautadas podrán ser destinadas a una institución que tenga como objetivo la prevención del consumo indebido, el tratamiento y rehabilitación de las personas afectadas por la drogadicción, o el control del tráfico ilegal de estupefacientes. Así lo regula el artículo 40 de la Ley N°20.000, expresando que “los instrumentos, objetos de cualquier clase y los efectos incautados de los delitos a que se refiere esta ley y de que se hace mención en los artículos 187 y 188 del Código Procesal Penal, podrán ser destinados por juez de garantía, a solicitud del Ministerio Público a una institución del Estado o, previa caución, a una institución privada sin fines de lucro, que tenga como objetivo la prevención del consumo indebido, el tratamiento y la rehabilitación de las personas afectadas por la drogadicción, o el control del tráfico ilegal de estupefacientes, oyendo a la Secretaría Ejecutiva del Consejo Nacional para el Control de Estupefacientes...”.
- b) Las armas, incautación que se rige por la Ley N°17.798 sobre Control de Armas.
- c) Dineros. Estos deben ser depositados en el Banco del Estado de Chile, en cuentas o valores reajustables. Si, en definitiva, son decomisados, ingresarán

12 Recordemos que la teoría de la prevención general de la pena, tiene como criterio legítimo la utilidad social de la pena, imponiéndose ésta con el fin de prevenir nuevos hechos delictivos, cumpliendo un efecto intimidatorio en la generalidad. En la teoría de la prevención especial o individual de la pena, el fin consiste en obrar sobre el autor del delito cometido para evitar que reitere nuevos delitos, ya sea educándolo, mejorándolo o siquiera desanimándolo de la idea de volver a cometer ilícitos.

a un fondo especial del Ministerio del Interior, con el objeto de ser utilizados en programas de prevención de consumo de drogas, tratamiento y rehabilitación de las personas afectadas por la drogadicción.

d) Ciertos inmuebles y frutos pendientes de los mismos. En este punto, y al tenor de lo dispuesto por el inciso tercero del artículo 40 de la Ley N°20.000, la incautación puede recaer sobre:

- Establecimientos industriales o mercantiles.
- Sementeras y plantíos.
- Frutos y rentas de los inmuebles.

En estas situaciones, el tribunal procede, a solicitud del Ministerio Público, a la designación de un administrador provisional, quien deberá rendir cuenta de su gestión a éste último, a lo menos trimestralmente, acerca de los bienes incautados.

e) Bienes raíces, muebles, dinero, efectos de comercio, valores mobiliarios y en general, todo instrumento que haya servido o hubiere estado destinado a la comisión de cualquiera de los delitos penados en la Ley N°20.000, los efectos que de ellos provengan y las utilidades que hubieren originado, cualquiera que sea su naturaleza jurídica o las transformaciones que hubieren experimentado.

f) Todos aquellos bienes facilitados o adquiridos por terceros a sabiendas del destino u origen de los mismos.

g) Precursores o sustancias químicas esenciales, elementos, materiales, equipos e instrumentos usados o destinados a ser utilizados, en cualquier forma, para cometer alguno de los delitos sancionado por la Ley de Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas.

Los bienes decomisados, en conformidad al artículo 46 de la Ley N°20.000, “serán enajenados en subasta pública por la Dirección General del Crédito Prendario, la que podrá, además, ordenar su destrucción, si carecieren de valor. El producto de la enajenación de los bienes y valores decomisados y los dineros en tal situación ingresarán a un fondo especial del Ministerio del Interior, con el objetivo de ser utilizados en programas de prevención del consumo de drogas, tratamiento y rehabilitación de las personas afectadas por la drogadicción”.

V. El comiso frente a terceros

Por el principio de culpabilidad, el comiso sólo puede imponerse al sujeto responsable del ilícito penal, y por ello, sólo respecto de los instrumentos de su propiedad. De allí que no pueden ser decomisados los instrumentos del delito, que aún habiendo sido utilizados para la comisión del mismo, pertenecieran

a un tercero no responsable de la infracción penal. Así lo regula el artículo 45 de la Ley N°20.000, señalando que “sin perjuicio de las reglas generales, caerán especialmente en comiso...todos aquellos bienes facilitados o adquiridos por terceros a sabiendas del destino u origen de los mismos”. Al emplear la expresión “a sabiendas”, se entiende que el legislador exige dolo, por lo que no constituirá una consecuencia inmediata, sino que deberá ser probada, con el objetivo de no vulnerar la prohibición constitucional del comiso como pena. Esta idea se confirma al observar la historia fidedigna de la ley, pues en la discusión de la iniciativa, el Informe de la Comisión Especial del Problema de la Droga en Chile, da cuenta de la eliminación de la frase “o no pudiendo menos de saber”¹³.

De este modo, la incautación de bienes de terceros no es la consecuencia directa y necesaria de encontrarse en poder de los autores del delito, sino que, por el contrario, la sanción se aplica a un tercero que, sabiendo la finalidad de la utilización, ha facilitado un medio para la comisión del hecho punible. Requiriéndose, en consecuencia, para que opere el comiso frente a terceros, de presupuestos muy estrictos, asociados principalmente a una conducta reprochable de éstos.

Actualmente, en este punto, nos encontramos ante una compleja problemática, que aún no ha logrado zanjarse en nuestra realidad jurídica, relativa a cuándo cabe efectivamente el comiso frente a terceros. Buscando una respuesta a este escenario, es menester comenzar analizando diversas situaciones.

La primera hipótesis y en la cual no existe discusión, es en el caso de que los bienes decomisables sean, al tiempo de perpetrarse el ilícito, de propiedad del autor o partícipe y el tercero los haya adquirido con posterioridad. Lo primero a considerar es determinar si la adquisición ha sido de buena o mala fe, es decir, ignorando o no las circunstancias que permiten la aplicación del comiso. Si está de mala fe, por ejemplo, adquiere el vehículo conociendo que fue destinado al tráfico de drogas, es probable que el tercero incurra en el delito de receptación, pudiendo verse afectados dichos bienes por la medida. Por lo tanto, en esta situación, se debe limitar el comiso a los casos en que los bienes hayan sido adquiridos de manera reprochable por el tercero, conociendo éste las circunstancias que dieron lugar a ello. En este punto se debe tener en consideración que será necesario probar la mala fe en la adquisición del tercero, por cuanto nuestro Código Civil presume la buena fe, debiendo probarse la mala fe por quien la alegue.

13 Los señores Horvath, Pérez, Correa, Leblanc y Reyes, fueron quienes formularon la indicación de eliminar la frase “o no pudiendo menos de saber”, la que se aprobó por unanimidad, al estimarse que ella representaba un criterio complejo, subjetivo en su tipificación e incluso -se dijo- podría acarrear problemas de inconstitucionalidad.

En segundo lugar, debemos analizar qué ocurre con el comiso cuando los bienes pertenecen a un tercero en el momento del ilícito, para ello, es procedente distinguir diversas situaciones:

- a) Si el hecho punible fue desconocido por el titular del bien, no puede formularse ningún reproche, no pudiendo éste verse afectado por el comiso.
- b) Al contrario, si ha concurrido dolo por parte del titular de los bienes, es decir, ha aportado el bien de que se trata para favorecer el ilícito, existiría responsabilidad penal, en cuanto favoreció el hecho, poniendo a disposición del autor el instrumento del delito.
- c) En el derecho comparado, especialmente en Alemania y Reino Unido¹⁴, se extiende el comiso frente a tercero cuando ha contribuido de forma imprudente al hecho punible, es decir, ha facilitado el hecho al haberse utilizado el instrumento por el autor, como consecuencia de la omisión de los deberes de control del bien que le incumbían a este tercero.

En nuestra legislación no es posible decomisar objetos del tercero no responsable cuando su propietario haya cooperado negligentemente a la utilización del objeto en la comisión del hecho punible, v. gr., una persona pone a disposición de otra su vehículo, pese a que era previsible su utilización para el comercio de drogas o ha omitido el cuidado debido en el control de éste. Ello no será factible por el principio de legalidad y por el propio artículo 45 de la Ley 20.000, que impone como requisito para que opere el comiso frente a tercero que éste haya actuado a sabiendas del destino y origen de los bienes, con lo que descartamos la ampliación del comiso a los casos de comportamiento culposo o imprudente del tercero, limitándose la medida a la concurrencia de dolo.

De esta forma, el tercero debe sufrir la pena de comiso, cuando ha estado en conocimiento de las circunstancias que permiten la aplicación de dicha medida, requiriéndose, para que los bienes sean decomisados, que el tercero los facilite o adquiera, a sabiendas de su destino u origen ilícito.

Derechos reales y el Comiso

Puede darse el caso de que exista una copropiedad de la cosa, en este sentido, si alguno o algunos de los copropietarios no tienen responsabilidad en el delito, no es posible decomisar la cosa corporal, salvo que se den los presupuestos para el comiso frente a tercero. A su vez, la ley no exige el dominio exclusivo del bien decomisible, por lo que es factible el comiso de la cuota que tenga

14 Legislación en la cual destaca el caso en el que la compañía aérea Air Canada debió desembolsar una enorme cantidad para liberar el embargo de un avión que había sido utilizado para el transporte, mediante el equipaje, de una gran cantidad de droga, habiendo omitido la Compañía, fundamentales controles de seguridad.

el imputado o el tercero en la copropiedad, por cuanto nuestro Código Civil recoge un sistema basado en la concepción clásica del derecho de copropiedad, inspirada en el derecho romano, en virtud de la cual, cada copropietario tiene una cuota o parte (alícuota) que es abstracta o ideal, teniendo un derecho de dominio pleno y absoluto sobre ella, siendo los copropietarios en su conjunto, dueños de la cosa misma.

También cabe el comiso de la nuda propiedad, pero respetándose los derechos del usufructuario, ya que el usufructo es un derecho real limitativo del dominio que mantiene en el nudo propietario la facultad de disposición, pero desprovista del uso y goce de la cosa. Esta afirmación relativa a la aplicación del comiso en la nuda propiedad se ratifica por el hecho de permitirle el legislador al nudo propietario diversas actuaciones, tales como ejercer acciones reivindicatorias y posesorias, enajenar la nuda propiedad, hipotecarla, transmitirla y, por lo tanto, con mayor razón perderla, si ésta proviene de un delito o ha sido utilizada para su ejecución.

Obligaciones sujetas a modalidad y el Comiso

En los casos de una obligación sujeta a modalidad, el comiso recaerá sobre el correspondiente derecho condicional, pues reconoce el legislador en este tipo de obligaciones la existencia de un germen de derecho, que aún mientras pende la condición, otorga facultades como la de impetrar durante dicho intervalo las providencias conservativas necesarias, siendo factible solicitar medidas precautorias que cautelen el derecho futuro y eventual. Luego y en virtud de dichas facultades, se acentúa con mayor razón la aplicación de la medida del comiso sobre el derecho condicional.

Publicidad de los actos de incautación

El inconveniente surgido en esta materia dice relación con la posibilidad de que el tercero no tenga conocimiento del procedimiento penal en el cual se ordenó la incautación y posterior comiso de un bien de su propiedad.

A este respecto, el artículo 27 de la Ley N°20.000, faculta al Ministerio Público para que, en la etapa investigativa, antes de la formalización de la investigación, previa autorización del Juez de Garantía, pueda recoger e incautar evidencia, incluso sin necesidad de comunicación previa al afectado. Por lo que, si se contempla esta norma relativa al imputado, con mayor razón habrá de permitirse la incautación respecto de terceros ajenos al procedimiento, sin necesidad de comunicación previa a éstos.

Asimismo, el artículo 38 del mismo cuerpo normativo, señala que “la investigación de los delitos a que se refiere esta ley será siempre secreta para los terce-

ros ajenos al procedimiento...”, estableciendo el secreto de las investigaciones relacionadas con el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

En virtud de las señaladas disposiciones, es factible que, hasta cierto punto de la investigación, no se dé publicidad a los actos de incautación, (v.gr. en el caso de un vehículo, mediante su inscripción en el registro de vehículos motorizados del Registro Civil), porque ello podría afectar determinadas diligencias investigativas que se lleven a cabo, justificándose estas medidas en que, como sabemos, el *ius puniendi* del Estado prevalece sobre derechos tanto o más importantes que el de propiedad.

Notificación a los terceros

Esta materia constituye en la actualidad una absoluta laguna en nuestra legislación, ya que no se contempla una norma expresa que señale a quién le corresponderá notificar al tercero afectado por el comiso de un bien de su propiedad. Debido a ello, y en conformidad a los lineamientos fundamentales que rigen nuestro proceso penal, es posible adoptar la siguiente postura:

No será labor del Ministerio Público la notificación del tercero.

En primer lugar, en nuestro sistema procesal penal, no existe norma alguna que disponga que será obligación del Ministerio Público, para proceder al comiso, la notificación de éste al tercero afectado, inclusive, de considerarlo así, conllevaría un sin número de problemas en la práctica.

En segundo lugar, los artículos 1 de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público¹⁵ y 83 de la Constitución Política de la República, señalan que el Ministerio Público es un organismo autónomo y jerarquizado, cuya función es dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, sin que pueda, en caso alguno, ejercer funciones jurisdiccionales.

De lo expresado se desprende que es tarea del Ministerio Público efectuar indagaciones y actuaciones dirigidas a la persecución penal. Para dicho objetivo, una de las herramientas fundamentales con que cuenta, es el comiso, siendo únicamente (y referente a esta materia), obligación del ente persecutor, la incautación de todo instrumento que haya servido o hubiere estado destinado a la comisión de un delito, para solicitar posteriormente, en la oportunidad procesal respectiva, el comiso de ellos al Tribunal. Por lo tanto, es el propio Tribunal quien finalmente resuelve acerca de la procedencia o no de la medida, pudiendo perfectamente abstenerse de imponer el comiso en la sentencia, si es que a su juicio no existieren antecedentes suficientes, más allá de toda duda razonable, que permitan la aplicación de éste. Dicha resolución,

15 Ley N°19.640.

como mencionamos, corresponde únicamente al Tribunal, escapando ello del ámbito del Ministerio Público, a quien le está constitucionalmente prohibido ejercer facultades jurisdiccionales.

Redundando, será el órgano jurisdiccional quien resolverá en definitiva si procede o no el comiso, de acuerdo a los antecedentes proporcionados por el Ministerio Público, por lo tanto, el tercero afectado con la medida sólo podrá dirigirse a efectuar sus reclamaciones ante el respectivo Tribunal que decretó el comiso y no ante el órgano persecutor, quien sólo propone, pero no dispone.

En tercer lugar, y de acuerdo a lo señalado, no existe en nuestro sistema procesal norma alguna que obligue al Ministerio Público a efectuar o solicitar notificaciones al tercero que ha sufrido el comiso de un bien de su propiedad, por el contrario, esta diligencia escapa absolutamente de sus funciones y de los principios regulados en el ordenamiento jurídico, los cuales giran en torno a los intervinientes en el proceso penal, señalados expresamente por el artículo 12 del Código Procesal Penal, enumeración en la cual, no se contempla a un tercero.

En conclusión, quedará a la discrecionalidad del Ministerio Público, en conformidad a los antecedentes que arrojan la investigación, la determinación de si solicita al Tribunal la notificación del tercero, o si a su juicio ello no es fundamental para la continuidad del procedimiento.

VI. La acción civil. Tercerías

Es posible distinguir dos tipos de acciones civiles en materia penal, las cuales están reguladas en los artículos 59 y siguientes del Código Procesal Penal. Éstas son, la restitutoria, que tiene como única finalidad recuperar la o las cosas objeto material del delito respectivo o los instrumentos destinados a cometerlos; y la indemnizatoria, que corresponde ejercer a la víctima para obtener la reparación de los perjuicios sufridos, que no consistan en la simple restitución del objeto reclamado.

Acción civil indemnizatoria

Para el ejercicio de la acción civil indemnizatoria se le ha dado una evidente preferencia a la víctima al permitirle a ésta optar por deducir todas las restantes acciones que tuvieren por objeto perseguir responsabilidades civiles durante la tramitación del procedimiento penal, o ejercer esas acciones civiles ante el tribunal civil correspondiente. Los terceros no pueden interponer estas acciones en sede penal y deberán plantearse ante el tribunal civil.

Acción civil restitutoria y Tercerías

La acción civil que tuviere por objeto únicamente la restitución de la cosa, debe interponerse siempre durante el respectivo procedimiento penal. De ello debe entenderse que, en lo referente a la restitución de los objetos recogidos o incautados, existe disposición expresa, contemplada en el artículo 189 del Código Procesal Penal, el cual señala que “las reclamaciones o tercerías que los intervinientes o terceros entablaren durante la investigación con el fin de obtener la restitución de objetos recogidos o incautados se tramitarán ante el juez de garantía...”, en virtud de esta norma, debe tenerse presente que toda solicitud por parte de los intervinientes o de algún tercero en torno a la restitución de las especies incautadas, debe presentarse ante el juez de garantía, otorgándosele tramitación incidental y no efectuándose la devolución de éstos, sino hasta después de concluido el procedimiento, sólo contemplándose como excepción la restitución en cualquier estado del procedimiento de las cosas hurtadas, robadas o estafadas, tal como lo señala la norma, “...la resolución que recayere en el artículo así tramitado se limitará a declarar el derecho del reclamante sobre dichos objetos, pero no se efectuará la devolución de éstos sino hasta después de concluido el procedimiento, a menos que el tribunal considerare innecesaria su conservación. Lo dispuesto en el inciso precedente no se extenderá a las cosas hurtadas, robadas o estafadas, las cuales se entregarán al dueño o legítimo tenedor en cualquier estado del procedimiento, una vez comprobado su dominio o tenencia por cualquier medio y establecido su valor”.

Oportunidad

En el procedimiento penal debe interponerse la demanda civil en la oportunidad prevista en el artículo 261 del Código Procesal Penal, esto es, hasta quince días antes de la fecha fijada para la realización de la audiencia de preparación del juicio oral, cumpliendo los requisitos del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil.

Con posterioridad a la formalización de la investigación, la víctima puede preparar la demanda civil, solicitando la práctica de diligencias que considere necesarias para esclarecer los hechos que serán objeto de su demanda. Asimismo, se puede asegurar el resultado de la demanda civil, solicitando alguna de las medidas cautelares reales, previstas en el artículo 157 del Código Procesal Penal.

Prueba de las acciones civiles

En esta materia rige el artículo 324 del Código Procesal Penal, el cual dispone que para probar las acciones civiles en el procedimiento criminal se atenderá a las normas civiles, en cuanto a la determinación de la parte que debiere probar,

y a las disposiciones del Código Procesal Penal, en cuanto a la procedencia, oportunidad, forma de rendirla y apreciación de su fuerza probatoria. Lo señalado se aplica también a las cuestiones prejudiciales civiles de las que deba conocer el tribunal con competencia criminal.

En cuanto a las cuestiones prejudiciales civiles que sean de conocimiento de un tribunal que no tenga competencia criminal, el procedimiento penal se suspende hasta que dicha cuestión se resuelva por sentencia firme.

VII. Comiso de bienes afectos a algún gravamen

Otro de los temas que ha ocasionado conflicto, debido a la escasa normativa existente, es el que dice relación con: ¿qué ocurre si el bien decomisado está sujeto a algún gravamen, por ejemplo, prenda o hipoteca? En este evento, ¿quién tendrá preferencia, los acreedores prendarios o hipotecarios o el Estado?

En la práctica ha ocurrido que algunos imputados, habiendo adquirido vehículos nuevos a través de créditos automotrices, y que posteriormente son condenados, ordenándose el comiso del vehículo, dejan de pagar las cuotas correspondientes, por lo cual la institución respectiva podrá iniciar un procedimiento ejecutivo en sede civil y con el mandamiento de ejecución y embargo recurrir al Juzgado de Garantía, solicitando la restitución del vehículo, para su remate y posterior pago del crédito.

En esta situación, reiteramos la norma contenida en el artículo 189 del Código Procesal Penal, la cual es expresa en señalar que los terceros pueden solicitar la devolución de las especies incautadas, mediante reclamaciones o tercerías, ante el Juzgado de Garantía y la resolución que recayere se limitará a declarar el derecho del reclamante sobre dichos objetos, pero no se efectuará la devolución de éstos, sino hasta después de concluido el procedimiento, a menos que el tribunal considere innecesaria su conservación. A raíz de lo expuesto, el tribunal, durante el procedimiento se limitará a reconocer a los acreedores prendarios o hipotecarios, la existencia de un derecho real sobre los bienes.

En este orden de ideas, y a raíz de las confusiones acerca de la procedencia o improcedencia del comiso de este tipo de bienes, debemos recordar uno de los aforismos más conocidos en nuestra disciplina, cual es, “el que puede lo más, puede lo menos”, por lo tanto, si con la medida del comiso es posible afectar el derecho de propiedad (que es el más amplio señorío que se pueda tener sobre una cosa), con mayor razón podrán afectarse derechos reales de acreedores prendarios o hipotecarios.

Prelación de créditos en el comiso

Es imprescindible tener presente que no corresponderá la restitución de las especies decomisadas a los terceros acreedores para que éstos puedan pagarse

con el producto del remate, en sede civil, hayan o no iniciado el respectivo procedimiento ejecutivo, porque (a riesgo de sonar redundante, pero asumiéndolo para dar claridad al tema) el Código Procesal Penal es expreso en señalar que no se efectuará la devolución de las especies, sino hasta después de concluido el procedimiento.

A mayor abundamiento, los acreedores prendarios o hipotecario, no quedan desprotegidos jurídicamente, sino por el contrario, les asisten de manera indemne los mismos derechos que hubiesen tenido de no mediar el comiso, ya que una vez que éste haya sido decretado por sentencia judicial, se producirá su remate en pública subasta, en la cual gozarán de la preferencia correspondiente, de acuerdo a los artículos 2471 y siguientes del Código Civil, asistiéndoles además el mal llamado derecho de prenda general de los acreedores¹⁶, contemplado en el artículo 2465 del Código Civil, derecho que no se ve privado por la constitución de garantías reales.

En torno a este tema advertimos que, desafortunadamente, no se contempla dentro de las normas relativas a la prelación de créditos al Estado como causa de preferencia, existiendo en la actualidad un vacío al respecto. Esta situación nos obliga cuestionar la posibilidad de subsumir este crédito en la primera clase de créditos que gozan de privilegio, dentro de las costas judiciales que se causen en el interés general de los acreedores, al no existir ninguna otra figura preferente que permita incluir el crédito del Estado.

El privilegio contemplado en el numeral 1 del artículo 2472 comprende tanto las costas procesales como las personales. Son procesales las causadas en la formación del proceso y que corresponden a servicios estimados en los aranceles judiciales. Son personales las provenientes de los honorarios de los abogados y demás personas que hayan intervenido en el negocio, y de los defensores públicos.

Estas definiciones nos clarifican el escenario de la prelación de créditos, al advertirse que no será posible subsumir el crédito del Estado dentro de la primera clase de créditos que gozan de privilegio, por cuanto además concurre el principio de que las preferencias son de derecho estricto, sólo una disposición expresa de la ley puede servir de apoyo a la pretensión del acreedor de ser pagado preferentemente. De esta forma, será indispensable que se contemple un texto expreso en el cual se incluya al Estado, o alguno de sus organismos, dentro de los créditos que gozan de privilegio.

16 Se menciona como mal llamado derecho de prenda general, en atención a que el término prenda no está tomado en su sentido técnico y propio, sirviendo en este caso para expresar la idea de que todos los bienes del deudor están afectos al cumplimiento de sus obligaciones. Asimismo, este derecho de prenda general no proporciona privilegio alguno a los acreedores.

VIII. Jurisprudencia

Es indispensable analizar, para el estudio acabado del tema que nos convoca y debido a lo complejo y debatido que se ha tornado la institución del comiso frente a terceros, los criterios adoptados por la jurisprudencia en esta materia.

En este sentido, la disyuntiva gira en torno a la posibilidad de decretar el comiso de un bien de propiedad de un tercero que ha sido utilizado en la comisión de un delito, y respecto del cual el tercero no ha efectuado las reclamaciones o tercerías correspondientes para obtener su restitución.

Una de las sentencias más claras en este punto, es la dictada por el Juzgado de Garantía de Litueche¹⁷, en la cual se decreta el comiso del vehículo de propiedad de un tercero, quien en conocimiento del respectivo procedimiento penal, y teniendo la posibilidad, en virtud del artículo 189 del Código Procesal Penal, de interponer reclamaciones o tercerías con el fin de obtener la restitución de los objetos recogidos o incautados, no concurre ni a la Fiscalía ni al Juzgado de Garantía para reclamar su restitución “...de modo que sólo queda tener por configurados los supuestos del artículo 45 de la Ley N°20.000, al concluir este procedimiento y dictar el presente fallo, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 189 del Código Procesal Penal, decretando en consecuencia el comiso de la especie de que se trata”.

Dicha resolución se asienta en que aún cuando el numeral 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República asegura a todas las personas el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporeales, declara en su inciso segundo que la ley puede establecer limitaciones y obligaciones que deriven de la función social de la propiedad, la que comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental, a lo que cabe agregar que la pena de comiso, en los casos establecidos por las leyes, está aceptada por la nombrada Carta Fundamental en su artículo 19 N°7 letra g. Luego, el comiso previsto en el artículo 45 de la Ley N°20.000 no puede sino comprenderse entre las limitaciones que emanan de la función social de la propiedad, pues lo exigen los intereses generales de la nación y en cuanto es una sanción penal que acarrea los crímenes y delitos específicos relacionados con el tráfico ilegal de estupefacientes y sustancias sicotrópicas que describe ese cuerpo legal, en el mismo carácter de pena común que le asigna, en general, el Código Penal.

De esta forma, la facultad de establecer penas y aplicarlas es una prerrogativa del Estado, que encuentra su justificación en las normas constitucionales que fijan los principios fundamentales que orientan el ejercicio de la actividad esta-

17 Sentencia Juzgado de Garantía de Litueche, RUC 0800170021-K, dictada con fecha 7 de noviembre de 2008. Condenatoria (Artículo 4 de la Ley 20.000).

tal y que es de la esencia del castigo penal que se afecten los derechos de los ciudadanos, pues el *ius puniendi* del Estado prevalece sobre los derechos tanto o más importantes que la propiedad.

Otra sentencia interesante en esta materia fue la dictada por la Corte Suprema¹⁸, que declaró decomisible el vehículo facilitado por un detective para el transporte de droga, no obstante que éste aparecía inscrito a nombre de su mujer, considerando que al estar casado bajo el régimen de sociedad conyugal, el marido es el administrador de la misma y de los bienes sociales, en conformidad al artículo 1750 del Código Civil, entendiéndose por tanto que forman parte de su patrimonio.

IX. Comentarios

En conformidad a lo estudiado y al criterio seguido por la jurisprudencia es posible concluir que frente al comiso de bienes de propiedad de un tercero, nuestra legislación contempla la forma y oportunidad en que éste debe requerir la restitución de sus especies, lo que se efectuará interponiendo las respectivas reclamaciones o tercerías durante la investigación ante el Juez de Garantía, tramitándose dicha solicitud como incidente.

Puede ocurrir, y efectivamente así ha ocurrido, que el bien que ha servido o ha sido destinado a la comisión del delito, por ejemplo, un vehículo, se encuentre inscrito a nombre de un tercero, con el objetivo de impedir la aplicación del comiso. En este escenario, nos encontramos en presencia de una propiedad sólo nominal o de papel, que puede desvirtuarse mediante la aplicación del artículo 700 del Código Civil, al mantener el imputado en su poder el bien, comportándose como señor y dueño, sin que el tercero efectúe reclamación alguna a su respecto, procediendo, por tanto, el comiso sin que se vulneren con ello las garantías constitucionales, ya que queda a salvo el derecho del tercero para concurrir ante el respectivo Juez de Garantía a reclamar la restitución de las especies.

Por otro lado, si el tercero ha sido negligente o indiferente en el ejercicio de sus derechos, no podrá alegar posteriormente la restitución del bien, ya que habrá operado la institución de la preclusión, pues el Código Procesal Penal contempla expresamente la oportunidad en que debe hacer valer sus derechos, no pudiendo en consecuencia, como ha ocurrido en la práctica, interponer posteriormente recurso de nulidad al haber resultado afectado por la medida del comiso, pues incluso para la admisibilidad del recurso debe constar en autos la calidad de tercerista que invoca. Por lo demás, y como hemos mencionado, la medida del comiso constituye una pena accesoria, ligada a la sanción penal,

18 Corte Suprema, considerandos 1°, 5° y 7° de sentencia de 24 de abril del año 1995, en expediente de casación en el fondo, Rol N°3.184-95.

no siendo procedente interponer un recurso de nulidad de la sentencia con el único objetivo de discutir el comiso.

Tampoco será viable para el tercero que no ha intervenido en el respectivo proceso penal alegar posteriormente ante los tribunales superiores de justicia que se ha visto afectado su derecho al debido proceso, por cuanto, precisamente, quien omitió ejercer las acciones civiles competentes, destinadas a la restitución de las especies, ha sido éste, de modo que no habiendo reclamado su restitución procede el comiso de dicha especie según lo dispone el artículo 45 de la Ley N°20.000.

X. Consideraciones Finales

La realización del presente artículo, ha sido particularmente compleja debido a la exigua normativa aplicable y a la inexistencia de documentación especializada en el tema, por lo que el escudriñamiento efectuado en diversas bibliotecas y la investigación en red, resultaron del todo frustrantes por la escasez de material.

Sin embargo, la investigación debe avanzar, adecuándose a los problemas reales suscitados en la práctica, por lo que se hizo imprescindible recurrir al criterio utilizado por la jurisprudencia para la resolución de estos conflictos. A partir de ella fue posible extraer algunas conclusiones relativas a la aplicación del comiso respecto de terceros, pero lamentablemente, aún quedan pendientes situaciones no contempladas por el legislador, ni solucionadas por la doctrina ni la jurisprudencia, que dejan una laguna en nuestro ordenamiento jurídico, para lo cual se tornó indispensable esbozar algunas soluciones viables, según nuestro criterio, en dichas materias.

De esta forma, la incautación y el comiso, sobre todo en materia de tráfico ilícito de estupefacientes, deben ser aplicados con amplitud de criterio, en atención al impacto que estos delitos representan, no sólo en la sociedad chilena, sino en el mundo globalizado que está al corriente de la peligrosa existencia de redes internacionales de narcotráfico, las cuales es indispensable exterminar, requiriéndose para ello de una adecuación legislativa y una política de Estado decidida y categórica, dirigida a combatir el tráfico ilegal de estupefacientes y sustancias sicotrópicas y la criminalidad organizada, con extrema urgencia, con el objetivo de obtener la victoria en esta guerra contra el narcotráfico.

Esperamos que este trabajo contribuya a proporcionar la importancia que se merece uno de los más fundamentales instrumentos otorgados por el ordenamiento jurídico para la persecución penal, cual es, el comiso. Recalcando que no debemos restringir al máximo su aplicación, por el contrario, nuestra realidad social y jurídica nos obliga a ponerlo en práctica, teniendo presente, además, que el *ius puniendi* del Estado, amparado constitucionalmente, prevalece sobre el resto de los derechos, imponiéndose la aplicación del comiso como una exigencia constitucional.