

OFICIO N° 153 - 2021

PROYECTO DE LEY QUE “SISTEMATIZA LOS DELITOS ECONÓMICOS Y ATENTADOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE, MODIFICA DIVERSOS CUERPOS LEGALES QUE TIPIFICAN DELITOS CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO, Y ADECUA LAS PENAS APLICABLES A TODOS ELLOS”, ANTECEDENTE: BOLETINES N° 13.205 Y N°13.204

Santiago, veintitrés de agosto de 2021.

Por Oficio N° 241 (CONST.), de 12 de julio de 2021, el Secretario de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputadas y Diputados, señor Patricio Velásquez Weisse, puso en conocimiento de la Corte Suprema el proyecto de ley que “Sistematiza los delitos económicos y atentados contra el medio ambiente, modifica diversos cuerpos legales que tipifican delitos contra el orden socioeconómico, y adecua las penas aplicables a todos ellos”, correspondientes a los Boletines N° 13.205 y N°13.204.-07, en conformidad con lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 77 de la Constitución Política de la República y artículo 16 de la ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.

Impuesto el Tribunal Pleno del proyecto en sesión celebrada el día 16 de agosto en curso, presidida por su titular señor Guillermo Silva Gundelach, e integrada por los ministros señores Muñoz G. y Brito, señora Egnem, señor Fuentes, señoras Chevesich y Muñoz S., señores Valderrama, Dahm y Prado, señora Vivanco, señor Silva C., señora Repetto, señor Llanos, señora Ravanales, señor Carroza y suplente señor Mera acordó informarlo al tenor de la resolución que se transcribe a continuación:

AL

**SECRETARIO DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN,
JUSTICIA Y REGLAMENTO DE LA CÁMARA DE DIPUTADAS Y
DIPUTADOS,
SEÑOR PATRICIO VELÁSQUEZ WEISSE,
VALPARAÍSO**



“Santiago, veintitrés de agosto de dos mil veintiuno.

Vistos:

PRIMERO. El Secretario de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputadas y Diputados, señor Patricio Velásquez Weisse, mediante oficio N° 241 (CONST.), de 12 de julio de 2021, puso en conocimiento de la Corte Suprema el proyecto de ley que “Sistematiza los delitos económicos y atentados contra el medio ambiente, modifica diversos cuerpos legales que tipifican delitos contra el orden socioeconómico, y adecua las penas aplicables a todos ellos”, correspondientes a los Boletines N° 13.205 y N°13.204.-07, en conformidad con lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 77 de la Constitución Política de la República y artículo 16 de la ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional

SEGUNDO. DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO: El proyecto de ley puesto en conocimiento del Tribunal Pleno corresponde a una versión refundida de dos proyectos distintos, a saber, aquel relativo al Boletín N° 13.204-07 que “Modifica diversos cuerpos legales para ampliar responsabilidad penal de las personas jurídicas, y regular el ejercicio de la acción penal, respecto de los delitos contra el orden socioeconómico que indica” y el relativo al Boletín N° 13.205-07 que “Sistematiza los delitos económicos y atentados contra el medio ambiente, modifica diversos cuerpos legales que tipifican delitos contra el orden socioeconómico, y adecua las penas aplicables a todos ellos”.

Ambos proyectos, si bien con amplitudes diversas, poseían como fundamento general la necesidad de profundizar la regulación jurídica penal en relación a lo que se suele identificar en la doctrina criminológica como “delitos de cuello-blanco”. Así, en el primero, relativo a la problemática específica de la persecución penal de las personas jurídicas, se enfatizaba la necesidad de ampliar el catálogo de delitos por el cual podía accionarse en contra de éstas, introducir una contra excepción a la facultad que dispone el art. 162 del Código Tributario y extender el catálogo de las sanciones disponibles en la ley N°20.393, incorporando una figura análoga a la del interventor judicial, del Derecho Español. Por otra parte, el segundo proyecto poseía una amplitud significativamente mayor, proponiendo “[...] adecuar y sistematizar los diversos



delitos de naturaleza económica mediante: (a) la generación de un sistema de determinación de penas privativas de libertad adecuado al tipo de criminalidad de que se trata; (b) reforma general al sistema de consecuencias pecuniarias y de inhabilitación vinculadas a la criminalidad económica; (c) perfeccionamiento del régimen de responsabilidad penal de personas jurídicas; y (d) perfeccionamiento y complementación del derecho penal económico sustantivo.”

TERCERO. INFORMES ANTERIORES DE LA CORTE SUPREMA: Es menester tener en cuenta que, en sus versiones anteriores a la refundición, ambos proyectos fueron analizados por el Tribunal Pleno.

El primero, relativo a la regulación del sistema de persecución penal en contra de personas jurídicas (Boletín N° 13.204), fue observado por esta Corte el 2 de abril de 2020, mediante el oficio N° 69-2020, en términos generales negativos con relación a la propuesta nueva de figura del interventor judicial. En efecto, las conclusiones del citado oficio consignadas en su voto mayoritario señalan directamente que “en la moción en análisis no está legalmente determinada la función del interventor, refiriendo de manera difusa su participación en ciertos casos, lo que para esta Corte se traduce en una transgresión al principio de legalidad, toda vez que se ha obviado determinar con claridad sus atribuciones”.

El segundo proyecto, relativo al Boletín N° 13.205, también fue observado este tribunal, mediante el oficio N°124-2020 de 26 de junio de 2020, en términos similares al antes mencionado. En efecto, en el oficio de referencia el voto de mayoría de la Corte especificó lo siguiente:

“Esta Corte no puede dejar de observar que tanto la institución que se crea, como la propuesta de regulación de sus atribuciones, se apartan de un principio básico en la imposición de las penas, como es la correspondencia de ésta con un delito preciso y determinado, que le sirve de presupuesto necesario y cuya entidad permite –entre otras circunstancias- regular su quantum, al establecerla como un régimen de consecuencias que adquiere independencia del ilícito establecido, carece de asignación de límites mínimos y máximos y contempla hipótesis de intervención sin precisión ni marco temporal de extensión, elementos todos que permiten reprochar que sus elementos no aparecen previamente determinados, lo que no solo transgrede el principio de legalidad, sino que además configura un régimen de



consecuencias que se aparta de aquel previsto para el castigo de hechos pasados, únicos susceptibles de ser reprochados, de acuerdo a la estructura del sistema de imputación penal que nos rige”.

CUARTO. ANÁLISIS DEL PROYECTO. Alcance de lo consultado:

Considerando las anteriores opiniones de la Corte, y la envergadura omnicompreensiva del proyecto y sus variaciones en el trámite legislativo, cabe hacer presente que en el oficio N° 241 de 12 de julio de 2021 del Senado -que ha dado lugar, nuevamente, a la consulta del parecer de la Corte- se solicita únicamente su pronunciamiento con relación a lo dispuesto en los artículos 49 N° 10 **en lo que se refiere al artículo 415 octies del Código Penal, que el proyecto crea**; 50 N°s 1 y 2; 51 N° 22; 61 y 62. De este modo, esta vez el Senado consulta única y exclusivamente sobre:

(a) El artículo 49 N° 10 de la propuesta, en lo que se refiere al artículo 415 octies: esto es, la introducción al Libro Cuarto del Código Procesal Penal de un nuevo título III bis, que establecería el nuevo procedimiento de “comiso de ganancias sin condena previa” y, específicamente, en cuanto al régimen recursivo aplicable al procedimiento judicial que se instaura para decretar el señalado comiso.

(b) El artículo 50 N° 1 y N°2 de la propuesta: que introduce modificaciones en el artículo 171 del Código Orgánico de Tribunales y, específicamente, define las condiciones de procesabilidad y competencia que rigen la restitución de la cosa y la imposición del comiso de las ganancias sin condena previa.

(c) El artículo 51 N° 22 de la propuesta: que establece las reglas que rigen la ejecución de la nueva consecuencia jurídica de “supervisión de la persona jurídica”.

(d) El artículo 61 de la propuesta: que intercala en el Código Tributario un nuevo artículo 162 bis, que establece una contra excepción al artículo 162 vigente del mismo cuerpo legal, y por el cual se permite al Ministerio Público perseguir delitos tributarios aún sin previa denuncia o querrela del Servicio de Impuestos Internos, bajo ciertas condiciones.

(e) El artículo 62 de la propuesta: que introduce un nuevo artículo 189 bis en el decreto con fuerza de ley N°30, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que aprueba el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto con fuerza de ley N° 213, de 1953, sobre Ordenanza de Aduanas,



estableciendo un procedimiento para que las Cortes de Apelaciones autoricen la apertura del procedimiento penal en relación con los delitos a que se refiere el art. 189 de la Ordenanza de Aduanas, aun en el caso en que el Servicio respectivo no interponga ni querrela ni denuncia en relación a los mismos.

En lo que sigue, y sin perjuicio de la enorme amplitud del proyecto en comento, se revisarán particularmente estas modificaciones en los términos de lo solicitado, añadiendo allí, donde sea pertinente, algunas observaciones generales sobre disposiciones que si bien no fueron directamente aludidas por el legislador, guardan una importancia evidente para las atribuciones de los tribunales de la República en el contexto de la propuesta que se presenta y no pueden escindirse del informe específico que se requiere, por razones de coherencia sistemática y jurídica.

QUINTO. Artículo 49 N°10 de la propuesta (comiso de ganancias sin condena previa). Aspectos preliminares: el comiso de ganancias y el comiso sin condena previa

La calificación de un hecho como delito económico tiene, de acuerdo al proyecto, importantes consecuencias penales; a saber y por vía meramente ejemplar puede advertirse una modificación al sistema de determinación de las penas privativas de libertad, reglas propias relativas a las agravantes y atenuantes, reglas también especiales con relación al régimen de penas sustitutivas, normas propias respecto de la pena de multa, que se torna insustituibles y se regula, en cuanto a su cuantía, de un modo especial, establecimiento de penas nuevas, como las de inhabilitación para cargos gerenciales y para contratar con el Estado y, la consecuencia que parece más importante para efectos de nuestro informe, si bien paradójicamente no aparece ligada a la declaración de existencia del delito, se refiere al establecimiento del comiso de ganancias como medida *sui generis*; esto es, no como pena, lo que lleva a que el proyecto modifique el artículo 20 del Código Penal, para ese efecto. En base a esta propuesta, se establece tal comiso como medida aplicable incluso sin condena; aun en casos de absolución o de sobreseimiento definitivo.

El comiso de ganancias, bajo el nombre de “utilidades”, ya existe en nuestra legislación, pues lo contempla el artículo 46 de la ley 20.000, pero siempre como pena, y por ende aplicable a los responsables del ilícito, a cualquier título penal que lo sean. Por referencia a esa norma, existe también



el comiso de utilidades en la Ley 19.913 sobre Lavado de Activos (artículo 33). La Ley 20.393 Sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas lo contempla también, bajo la fórmula de comiso del “producto del delito”, pero siempre como pena accesoria, y por tanto aplicable solo al ente condenado en sede penal.

El fundamento del comiso de ganancias propuesto en el proyecto excede, en cambio, al derecho penal, y se interna en el civil, aunque con razón se puede sostener que también excede a éste y se torna una institución *sui generis* de derecho público, desde que su beneficiario es el Estado, y su origen no está en la producción de un daño patrimonial particular, sino en la infracción del orden público económico, que es lo que origina la ganancia.

Es así que el artículo 49 de la propuesta introduce una serie de modificaciones en el Código Procesal Penal que tienen por objeto regular los procedimientos relativos a la imposición del “comiso de ganancias” que introduce la iniciativa. Por lo mismo, para entender a cabalidad el mérito de la propuesta, es menester previamente poner en claro en qué consisten las nuevas figuras que se incorporan y por qué ellas resultan novedosas a la luz de la legislación vigente. En este sentido, las principales novedades que introduce la propuesta, en cuanto al comiso, dicen relación con:

(a) La separación del comiso entendido como pena, respecto de un delito penal, del comiso que recae sobre las ganancias producidas por un hecho típico, sea que se haya declarado la existencia de un delito penal, o no, con lo cual ese comiso deja de ser pena, asumiendo la calidad de una consecuencia jurídica distinta, cuya exacta naturaleza el proyecto no aclara.

(b) La incorporación de la posibilidad de que el comiso pueda decretarse por un tribunal penal, aun en el caso en que no exista condena alguna de ese orden, e inclusive sin acusación penal ni declaración de indicios de criminalidad respecto de las personas imputadas por un delito económico (‘comiso de ganancias sin condena previa’, en los términos de la propuesta).

(c) La posibilidad de que este comiso afecte a personas distintas de las imputadas en un proceso penal. Al respecto el proyecto incorpora el siguiente ART. 24 ter.: *El comiso de ganancias será impuesto también respecto de una persona que no hubiere intervenido en la perpetración del hecho, en cualquiera de las siguientes circunstancias:*



1ª. Si esa persona hubiere adquirido la ganancia como heredero o asignatario testamentario, a cualquier título gratuito o sin título válido, a menos que la hubiere adquirido del mismo modo de un tercero que no se encontrare en la misma circunstancia ni en las circunstancias que siguen.

2ª. Si esa persona hubiere obtenido la ganancia mediante el hecho ilícito y los intervinientes en la perpetración del hecho hubieren actuado en su interés.

3ª. Si esa persona hubiere adquirido la ganancia sabiendo o debiendo saber de su procedencia ilícita al momento de la adquisición.

4ª. Si se tratare de una persona jurídica que hubiere recibido la ganancia como aporte a su patrimonio.”.

La razón de ser de esta institución que se propone, entonces, parece estar, o debería estar, en el enriquecimiento sin causa; o, más propiamente, enriquecimiento ilícito, producido. Pero, aquello de ilícito no en cuanto a su connotación penal, ni referido al dolo o culpa de la conducta del que así se ha enriquecido, sino con relación al acto mismo del cual emana esa utilidad, sea dicho acto constitutivo de delito penal, o no (por más que sí deba calzar en un tipo de ese orden). Debería, pues, bastar que fuera un acto contrario al orden público económico por infracción a reglas legales específicas. A todo evento, eso sí, un acto típico, pero sin que se requiera la declaración de existencia de un delito penal (que naturalmente es algo distinto), por un fallo de dicha naturaleza. De hecho el proyecto no lo requiere, sino que sujeta la procedencia del comiso de ganancias a la existencia de un “hecho ilícito que corresponda a un delito económico”. Parecería, pues, que se requiere solo la tipicidad, y no el delito mismo, pues la existencia de este último solo puede declararlo un fallo de tal especie, en un juicio de dicha naturaleza, con todas las garantías procesales correspondientes. Que se requiera además la antijuridicidad penal es posible, aunque aquello de “hecho ilícito” no necesariamente aparece referido al injusto propiamente penal. Se opone a ello, sin duda, el que ni siquiera se requiera que penalmente se declare un indicio de criminalidad, como sí lo exige, por ejemplo, la legislación española.

En lo que respecta a la primera de las cuestiones, esto es, la introducción del ‘comiso de ganancias’ como hipótesis extensiva (esto es, fuera de su admisión explícita en algunos cuerpos normativos específicos tales como ley de drogas, la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas y ley de



lavado de activos), cabe tener presente que, sin perjuicio de lo que parece ser la opinión mayoritaria de la doctrina nacional, la Segunda Sala de la Corte Suprema ya ha considerado en algunos fallos que la regulación vigente del Código Penal -aún bajo la vigencia del actual artículo 31 del Código Penal- admite ciertos casos de 'comiso de ganancias'. Esta cuestión es relevante ya que, de acuerdo a los estándares internacionales existentes y aplicables a Chile sobre la materia, los esfuerzos de recuperación de activos que se expresan en la figura del comiso deben alcanzar no sólo a los "instrumentos" y "efectos" directos del delito, sino también a las "ganancias" que se han producido merced de los mismos. De hecho, el artículo 31 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción recomienda directamente a los Estados parte adoptar "... en el mayor grado en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso: a) Del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto..."; mientras que el artículo 2 (e) del mismo cuerpo normativo señala que debe entenderse por "producto del delito" ... los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito".

Por su parte, en lo que respecta a la segunda de las cuestiones -esto es, la incorporación del "comiso de ganancias" como una consecuencia jurídica que puede imponerse aún sin la existencia de una condena previa en contra de persona determinada- es necesario dejar establecido que ella aparece completamente vedada en la legislación nacional vigente. Entre nosotros, el comiso es una pena y no puede imponerse sino en contra de una persona que ha sido considerada responsable por una acción típica, antijurídica y culpable. Por esa razón el proyecto modifica el artículo 20 del Código Penal, para sustraer de la categoría de pena, al comiso de ganancias.

Sin perjuicio de lo señalado, lo cierto es que la posibilidad de estipular un comiso de ganancias sin condena previa es muy conocida en el concierto del derecho comparado, apareciendo, incluso, como una medida recomendada por distintas fuentes. Sin ir más lejos, el artículo 54(1) (c) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, recomienda a los Estados parte considerar "la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de esos bienes sin que medie una condena, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o



ausencia, o en otros casos apropiados”. Se advierte enseguida, sin embargo, que el uso de la palabra “delincuente” y la referencia a casos en que éste no pueda ser enjuiciado por motivos estrictamente personales, limita la recomendación o, al menos, orienta hacia una exigencia relativa a alguna declaración previa de criminalidad, dictada en el propio proceso penal.

Una vez considerado el contexto general que envuelve a la propuesta y los estándares internacionales existentes sobre la materia, resulta evidente que la introducción de hipótesis de comiso de ganancias y de comiso de ganancias sin condena previa en nuestro ordenamiento, son decisiones político-criminales plausibles. Lo anterior, siempre y cuando se cumplan los resguardos adecuados de “debido proceso” que corresponde observar en intervenciones de esta envergadura en los derechos de las personas, y ese es el punto central del reparo que nos merece la normativa que se propone y que se nos pide informar.

Efectivamente, es la consideración referida en el numeral anterior la que nos sitúa en el plano de la consulta realizada por el Congreso, en cuanto dice relación con el artículo 49 N° 10 de la propuesta, y que como se expondrá a continuación, regula las características centrales del proceso de comiso de ganancias sin condena. En este sentido, antes de entrar directamente en la materia consultada –y que dice relación con el sistema recursivo propuesto a su respecto- cabe puntualizar algunas ideas generales en torno a características centrales que posee el nuevo procedimiento de comiso sin condena previa, y los requisitos que éste debería cumplir para ser plausible desde la perspectiva del debido proceso.

En lo que se refiere a las características centrales del nuevo procedimiento, es menester considerar que:

(a) Este procede exclusivamente en los casos identificados en el art. 41 de la propuesta, y por lo tanto:

- Cuando se dicte sobreseimiento temporal conforme a las letras b) y c) del inciso primero y al inciso segundo del artículo 252 del Código Procesal Penal, esto es, cuando se hubiera dictado sobreseimiento temporal del imputado por rebeldía, incomparecencia al juicio oral, o enajenación mental, de acuerdo con lo dispuesto en el Título VII del Libro Cuarto. Huelga decir que, sin embargo, de mediar un sobreseimiento ello puede implicar, de no existir otros imputados, que nunca llegue a declararse penalmente la existencia del delito.



Es equivocado, pues, suponer que el sobreseimiento solo afectará a la determinación de la participación criminal, si no se agrega que deba existir un pronunciamiento relativo a la existencia del ilícito.

- Cuando se dicte sentencia absolutoria fundada en la falta de convicción a que se refiere el artículo 340 del Código Procesal Penal, o sobreseimiento definitivo del imputado fundado en la letra b) del artículo 250 del mismo Código, esto es, “cuando apareciere claramente establecida la inocencia del imputado”. De nuevo, la observación anterior es aquí pertinente, y además cabe advertir que el artículo 340 del Código Procesal Penal puede referirse tanto a la convicción sobre la participación culpable, como a aspectos relativos al hecho punible mismo y el proyecto no distingue.

- Cuando se dicte sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, fundados en la concurrencia de circunstancias eximentes de responsabilidad que no excluyen la ilicitud del hecho. Desde luego si lo que media es el sobreseimiento, y dado que éste puede decretarse en cualquier estado del proceso, también aquí podrá faltar todo pronunciamiento penal respecto de la existencia, tipicidad y antijuridicidad de los hechos.

- Cuando se dicte sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria fundados en haberse extinguido la responsabilidad penal o en haber sobrevenido un hecho que, con arreglo a la ley, ponga fin a esa responsabilidad.

b) Ella se construye sobre la base de la competencia de los jueces penales, en el contexto del proceso penal reformado, pudiendo sustanciarse ante tribunales de garantía o tribunales orales en lo penal, sin perjuicio de establecerse directamente el carácter de “no pena” del comiso de ganancias. En efecto, la iniciativa supone la coexistencia diferenciada del comiso “de efectos e instrumentos” que se considera pena (artículo 31 del Código Penal), y el “comiso de ganancias” que, de conformidad al tenor explícito de la modificación que se establece en el artículo 20 inciso segundo del Código Penal, deja de considerarse tal. En este sentido, la regulación que se solicita comentar, sólo se refiere al comiso de ganancias que no constituye pena y que, en tal medida, posee importantes diferencias técnicas con aquél establecido en el art. 31 del Código Penal, tales como el hecho de que puede afectar no sólo al responsable por el delito, sino también a todas las personas que se



establecen en el nuevo artículo 24 ter que se propone en la iniciativa, entre otras.

c) Procedimentalmente, el comiso de ganancias sin condena previa se estructura sobre la base de una audiencia especial única, en la cual los diversos interesados deben concurrir con todos sus medios de prueba, concentrada y relativamente desformalizada, en la que el tribunal debe juzgar su convicción según las reglas del artículo 297 del Código Procesal Penal, pero bajo el estándar probatorio de la “prueba preponderante”, y no el estándar de “duda razonable” que se exige para la condena penal de personas.

Cabe mencionar que más allá de que ese modelo haya sido adoptado por algunos países, en tanto que otros prefieren entregar el conocimiento del caso a juzgados civiles, no se aprecian razones relevantes para que el comiso que no es pena, y que no se ata a la existencia de condenas penales, ni a declaraciones previas de existencia de delitos, ni siquiera de manera indiciaria, y que además pueda afectar a terceros totalmente ajenos al proceso penal, deba ser conocido por esa Judicatura. Mantener en un caso tal el conocimiento del comiso en los Juzgados de Garantía o Tribunales Orales Penales, contribuye a la confusión de planos y favorece la adopción de procedimientos que no resguardan debidamente las garantías de los afectados, tal como ocurre en el proyecto. Asimismo, esa línea tampoco favorece que los jueces que conozcan las solicitudes de comiso cuenten con los debidos criterios de especialización. Por lo demás, al menos en el caso de sentencias absolutorias por falta de convicción acerca de la existencia del delito mismo, parece un contrasentido pretender que el mismo tribunal, ahora en un proceso sumarísimo de una sola audiencia, estime que el hecho sí ocurrió, que es típico y, por consiguiente, que conceda el comiso.

El problema estriba en que, aunque el proyecto hable de un hecho ilícito que corresponda a un delito, y no de un delito derechamente, y quite al comiso que nos ocupa su naturaleza de pena, y aunque no requiere ningún pronunciamiento penal previo sobre la existencia del hecho ilícito, no solo no extrae el conocimiento de tal comiso de la jurisdicción penal, sino que sujeta su concesión a un procedimiento brevísimo, lo que sugiere más bien que se presume que el delito sí existió, y que las ganancias perseguidas sí provinieron de él, lo que resulta inadmisibles. Lo cierto es que se ha querido hablar de un ilícito propiamente económico, no penal, que se corresponda –eso sí- con la



descripción típica de alguno de los delitos que la ley señala, pero en ese caso conviene separar el tema y tratarlo de manera propia, porque la complejidad mucho más civil que penal, del mismo, y la afectación de derechos patrimoniales muy relevantes, respecto de personas no condenadas, y sobre hechos penalmente no establecidos, no puede entregarse a un procedimiento sumarísimo, sin vulnerar las reglas del debido proceso y el resguardo debido al derecho de propiedad.

Del mismo modo, no se comprende por qué deba ser el Ministerio Público, cuando no hay condena penal previa, el que deba perseguir un efecto no penal, netamente patrimonial, derivado de una infracción al orden público económico, por muy típica que sea. Lo recomendable, entendemos, es que, sin perjuicio del deber de Fiscalía de dar cuenta de su indagación y de proporcionar todos los antecedentes de su carpeta, la acción para perseguir en estos casos el comiso sin condena previa corresponda al Consejo de Defensa del Estado, y, todavía, ante un Tribunal cuya especialidad lo acerca mucho más al tema, como lo es el de Defensa de la Libre Competencia o, en todo caso (salvando primero el grave déficit de tribunales que la aquejan), la jurisdicción ordinaria civil.

Sin perjuicio de lo anterior, y bajo el entendido de que los aspectos generales de la regulación no fueron explícitamente consultados, si se mantiene la competencia de los jueces penales a todo evento, para conocer las solicitudes de comiso de ganancias, la experiencia internacional recomienda sugerir al legislador, de modo colaborativo, que todo procedimiento de comiso de ganancias en que no exista declaración penal previa de comisión de un delito, debe ofrecer a los intervinientes un espacio jurídico suficiente para debatir todos los extremos de la cuestión, incluyendo por cierto la existencia misma del hecho típico. Y en todos los casos, aunque exista sentencia penal previa que declare la comisión de un ilícito, debe garantizarse la posibilidad de debatir la relación de las ganancias pretendidas, con aquel delito, y todas las demás alegaciones que la parte demandada quiera formular en su defensa. Desde luego, debe garantizarse la posibilidad a la parte requerida de hacer valer sus argumentos y rendir sus pruebas, de un modo que compatibilice los intereses del Estado con los derechos de los afectados, de modo tal que cuando no haya una sentencia penal previa no se trate de una suerte de proceso incidental –puesto que no habrá ningún juicio principal al que acceda-



sino de un juicio propiamente tal que, aunque sea relativamente breve, respete en todo las exigencias del debido proceso, para la defensa del derecho de propiedad de que se trate.

En este sentido, es importante además que la acción de comiso sin condena previa no produzca el riesgo de que los interesados queden, en los hechos, imposibilitados de cuestionarla por temor a incriminarse a sí mismos, u otras situaciones reñidas con el debido proceso, o que se invierta el peso de la prueba. Por lo mismo, según los estándares internacionales generalmente aceptados en la materia, se considera que las reglas de procedimiento explicitadas en la propuesta deberían regular más detalladamente los siguientes aspectos:

- “Investigaciones, inclusive métodos, para la obtención de evidencia”.

- “Restricción e incautación de activos, incluyendo la duración de la limitación y la incautación y la capacidad de buscar extensiones de tiempo aprobadas judicialmente.”

- Regulación del comiso, incluyendo, requerimientos para la base factual y legal necesaria para ordenarlo; partes con intereses permanentes, terceros, condición de los fugitivos (esto es, privación de derechos de los fugitivos), difuntos y funcionarios con inmunidad; partes con derecho a notificación y cómo se efectúa, límites de tiempo para presentar, y responder la acción de comiso; reglas, si las hay, de protección contra la autoinculpación en procesos penales basados en entrevistas efectuadas para procesos de esta clase; defensas aplicables; admisibilidad de evidencia (por ejemplo, rumores y documentos sumarios); capacidad de solicitar a la Corte disponer de una o más pretensiones a favor de la parte en movimiento sin necesidad de procesos de juicio adicionales; requerimientos de razones por escrito para el juicio, especificando bases factuales y legales que deberían constituir también documento público; si es permitido el pago en lugar del decomiso; si la propiedad que representa la propiedad original es recuperable (activos sustitutos).

- “Administración de los activos”.

- “Cooperación internacional, inclusive si se requiere la criminalidad dual para la cooperación internacional y el efecto extraterritorial de una orden de restricción y recuperación (u orden final)”.



Considerando lo que antecede, faltarían en la propuesta de procedimiento mayores especificaciones en los siguientes aspectos:

- Establecimiento de un verdadero procedimiento de juicio, en lugar de un proceso de una sola audiencia en que no parece suficientemente resguardado el debido proceso, particularmente cuando ni siquiera conste la existencia del acto típico penal que esté en la base de la pretensión.

- A todo evento, identificación pormenorizada de aquello que debe probarse en la audiencia bajo el estándar de la “prueba preponderante”: la definición que realiza el nuevo artículo 24 bis que se propone introducir en el Código Penal, y que define lo que se entiende por comiso de ganancias, parece hacer presumir que lo que se requiere es identificar tanto la existencia de un hecho típico penal, como la existencia de utilidades que se hubieren producido merced del mismo. De no haber sentencia penal previa, el hecho debe independizarse de las categorías penales, y puede perfectamente tratarse de un ilícito civil o administrativo, en tanto esté recogido, también, en un tipo penal. Seguir ligando el comiso de ganancias sin condena previa con las categorías penales, es contradictorio con la idea de afectar eventualmente a terceros, con la decisión de eliminar su naturaleza de pena, y con la razón de ser de esa eliminación: lo que se busca no es sancionar un delito (penal), sino restablecer el orden público económico afectado. En el caso de mediar condena penal, todo lo que cambia es que la existencia del hecho típico mismo no podrá ya debatirse, efecto no desconocido en nuestra legislación.

- Identificación de casos complejos: parece faltar en el proyecto la previsión de que la mayoría de los casos de comiso de ganancias serán complejos, y ello exige que se regule un procedimiento de mayor latitud, con plazos razonables para preparar y formular las defensas, para objetar, proponer y rendir pruebas y, desde luego, para recurrir, que es el punto específico que se nos consulta. En verdad la sola posibilidad –en verdad, seguridad- de que existan esos casos complejos, demuestra que el procedimiento de una audiencia, y ante juez penal, no es el adecuado.

- Reconocimiento simplificado de los intereses de ciertas personas: resulta recomendable que se establezcan explícitamente mecanismos a nivel legal para reconocer las pretensiones de ciertas personas o entidades interesadas –tales como acreedores hipotecarios- que, actuando de buena fe y con la diligencia debida, pudieran verse perjudicadas excesivamente si se



requiere que se opongan a la pretensión fiscal como terceros en la audiencia respectiva. En este punto, la recomendación internacional es incluir dentro del mismo proceso la posibilidad de que se reconozca, sin intervención jurisdiccional, el valor de ciertos documentos privilegiados –tales como certificados del registro de hipotecas y gravámenes- para dejar cubiertas las pretensiones de los acreedores de esta clase, salvo que medie reclamo en contrario, sin litigios ulteriores.

- Regla de exclusión de defensa de fugitivos: en el concierto internacional se recomienda impedir explícitamente –a nivel de legislación- que los fugitivos que rehúsan regresar a la jurisdicción para enfrentar cargos penales pendientes puedan defenderse o disputar los cargos de los procesos de comiso sin condena. Asimismo, se promueve que se restrinja el grado en que un reclamante prófugo, pueda hacer uso de los mismos bienes objeto de la audiencia de comiso de ganancias sin condena, para defenderse jurídicamente o sostener sus necesidades básicas.

- Sistema de administración, mantenimiento y disposición de activos, previos a la declaración del comiso: considerando la posibilidad ampliada de incautaciones y medidas cautelares reales, debe considerarse la necesidad de ahondar en la regulación de la administración de los bienes sometidos a las mismas, ello, especialmente, porque una ampliación del comiso no sólo incide en la identificación especial de criterios legales, sino también en una posible recarga de la infraestructura gubernamental que tendrá que hacerse cargo de los bienes en cuestión (el Ministerio Público, la Dirección General del Crédito Prendario, las policías, etc.).

d) El sistema recursivo del comiso sin condena previa que promueve el proyecto

Una vez situado el contexto general de la propuesta y sus principales implicancias legales, **cabe considerar el sistema recursivo que se proyecta, especialmente en la introducción del nuevo artículo 415 octies del Código Procesal Penal, que es el punto preciso que se nos consulta a propósito del artículo 49 N° 10.** Este artículo propuesto señala lo siguiente:

“Artículo 415 octies.- Recursos. Si la sentencia que impone o deniega el comiso de ganancias fuere dictada por un tribunal oral en lo penal, procederá en su contra el recurso de nulidad y el recurso de apelación del monto del



comiso. En caso de interponerse ambos, el requirente deberá apelar en subsidio del recurso de nulidad.

El recurso de nulidad procederá por cualquiera de las causales previstas en los artículos 373 y 374 y deberá interponerse dentro de los diez días siguientes a la notificación de la sentencia que impone o deniega el comiso de ganancias. Su interposición y tramitación tendrá lugar de acuerdo con lo previsto en el Título Cuarto del Libro Tercero. El tribunal que conozca del recurso podrá decretar la nulidad de la audiencia prevista en el artículo 348 bis o, de tratarse exclusivamente de un error de derecho, anulará la sentencia y dictará sentencia de reemplazo.

Tratándose de una sentencia dictada por un juez de garantía, el recurso de apelación deberá interponerse dentro de los diez días siguientes a la notificación de la sentencia que impone o deniega el comiso de ganancias. El tribunal que conozca del recurso podrá revocar la decisión que concede o deniega el comiso de ganancias y dictar sentencia de reemplazo, o podrá modificar el monto fijado por el tribunal a quo.”.

Lo primero que cabe tener en cuenta es que el sistema recursivo propuesto sigue prisionero de la confusión de planos entre lo penal y lo civil, o lo público-económico, que el proyecto denota. El proyecto no se hace cargo del hecho de que el comiso de ganancias puede decretarse “con” y “sin” condena previa, tal como se desprende de la lectura coordinada del nuevo artículo 24 bis que se propone introducir en el Código Penal, y el tenor literal de las disposiciones que se insertan en el propuesto nuevo título III bis del Libro Cuarto del Código Procesal Penal. En este sentido, debería hacerse explícito que el régimen recursivo que impone el artículo 415 octies sólo resultará aplicable para aquellos casos en que el comiso se declara sin condena previa, ya que en los casos en que éste se declare junto a la condena, debería entenderse recurrible en los mismos términos de ésta, sin perjuicio de dejar a salvo el derecho de eventuales terceros afectados. En rigor, para esos terceros no condenados en lo penal, el sistema recursivo debe darles la posibilidad de atacar todos los puntos levantados por el solicitante, excepto la existencia del ilícito determinada en el fallo que sirva de antecedente, y debe concederles recursos en los mismos términos en que se conceda a los requeridos en casos de comisos sin sentencia penal previa, con la sola limitación ya señalada, de lo que pueda reclamarse en ellos.



En segundo lugar, en lo que respecta al régimen recursivo aplicable a aquellos casos en que el comiso se decreta sin condena previa, la salvaguarda de los derechos constitucionales indica la necesidad de estipular un modelo único (sea cual fuere el tribunal que decrete el comiso), que dé suficientes garantías tanto a los intervinientes en el proceso, como a los terceros que podrían considerarse afectados por el mismo. En este sentido, vale la pena tener en cuenta que, independientemente de quien sea la autoridad que decrete el comiso sin condena, éste se encuentra sometido a las mismas reglas procesales y a las mismas condiciones substantivas de procedencia, razón por la cual se sugiere un modelo de impugnación que permita explícitamente controvertir tanto los supuestos fácticos y jurídicos de la imposición de la medida, como el monto del comiso, y que establezca alguna regla de facilitación que permita la incorporación subsecuente de los intereses de terceros de buena fe que, por razones ajenas a su control, no pudieron hacer valer sus derechos ante el tribunal de base. En este sentido, parece más razonable la estipulación de un recurso de apelación, que es el que permite propiamente la doble revisión recomendable cuando existan aspectos de hecho centrales –como la existencia del ilícito, la relación de las ganancias perseguidas con esos hechos, la buena fe del afectado, la existencia de intereses prevalentes (acreedores hipotecarios, por ejemplo), y desde luego el monto mismo del comiso- y aspectos de derecho que, aparte del cumplimiento de las reglas procesales, pueden también referirse al fondo, como es el caso de la efectiva adecuación de los hechos a una norma típica. Esta necesidad de conceder el recurso más amplio es tanto más requerida si se mantiene un procedimiento sumarísimo, como el propuesto, para disponer el comiso, y todavía más si se radica, como se propone, en la jurisdicción penal, en circunstancias de que el grueso de la discusión abarcará aspectos económicos y civiles, ajenos a la especialización de los magistrados decisores. A la vez, asunto tan grave como la afectación de patrimonio perteneciente a personas que no han sido condenadas por delito alguno, no debiera quedar sustraída de la revisión de sus aspectos procesales formales y jurídicos de fondo, por la Corte Suprema. La radicación del procedimiento en la sede penal dificulta esta solución, que en cambio es perfectamente natural, por la vía de la casación, si se radica la sustanciación del juicio en la sede civil. Obviamente, de conocer de este proceso de comiso sin condena previa el Tribunal de Defensa de la Libre



Competencia (en tanto la institución se inscribe en el marco de la defensa del orden público económico), la revisión de la resolución debiera corresponder directamente a la Corte Suprema

Resulta pertinente considerar que estas materias normalmente implicarán operaciones complejas, en las que el demandado requerido puede no haber tenido, inclusive, ninguna intervención. No se habla de restitución de bienes determinados, sino de utilidades que deben derivar de hechos que pueden no haber sido establecidos en un juicio penal. En esos casos, como ni podrá predicarse a priori que exista delito, ni que el requerido, demandado, o como se pueda denominar, participara en él, tampoco se sabrá si cabe descontar o no lo gastado para producir la ganancia. Si determinar todo ello es difícil en un proceso tan concentrado como el que se propone, que puede generar dudas respecto de su justicia y racionalidad, frente a la exigencia constitucional de debido proceso, no parece aceptable que, además, se impida debatir el tema completo –en todos sus extremos de hecho y de derecho- ante un tribunal superior, con los resguardos que permiten los recursos pertinentes, disminuidos en el proyecto, que se refiere a la nulidad penal (que naturalmente no se aviene con una decisión que no tiene ese carácter), y que distingue según sea el tribunal que resuelva (Garantía o Tribunal Oral), lo que de nuevo no es sino consecuencia de no saber independizar un tema público-económico, de un asunto propiamente penal, introduciendo un factor de desigualdad ante la ley, incomprensible.

SEXTO. El artículo 50 N° 1 y N°2 de la propuesta (art. 171 COT): La segunda disposición consultada, el artículo 50 N° 1 y 2 de la propuesta, introduce modificaciones en el artículo 171 del Código Orgánico de Tribunales y, específicamente, define las condiciones de competencia que rigen la restitución de la cosa y la imposición del comiso de las ganancias sin condena previa.

En primer lugar, el numeral 1 y 2 del citado artículo 50 de la iniciativa de reforma, alteran el inciso primero y final del artículo 171 del Código Orgánico de Tribunales en el siguiente sentido:

Artículo 171 vigente: *La acción civil que tuviere por objeto únicamente la restitución de la cosa, deberá interponerse siempre ante el tribunal que conozca las gestiones relacionadas con el respectivo procedimiento penal*



Dicho tribunal conocerá también todas las restantes acciones que la víctima deduzca respecto del imputado para perseguir las responsabilidades civiles derivadas del hecho punible, y que no interponga en sede civil.

Con la excepción indicada en el inciso primero, las otras acciones encaminadas a obtener la reparación de las consecuencias civiles del hecho punible que interpusieren personas distintas de la víctima, o se dirigieren contra personas diferentes del imputado, sólo podrán interponerse ante el tribunal civil que fuere competente de acuerdo a las reglas generales.

Será competente para conocer de la ejecución de la decisión civil de las sentencias definitivas dictadas por los jueces con competencia penal, el tribunal civil mencionado en el inciso anterior.

Artículo 171 reformado: La acción civil que tenga por objeto la restitución de la cosa y la que tenga por objeto la imposición del comiso de las ganancias provenientes del delito o, en los casos en que la ley lo disponga aun sin sentencia condenatoria, del hecho ilícito que corresponde al delito, deberán interponerse siempre ante el tribunal que conozca las gestiones relacionadas con el respectivo procedimiento penal.

Dicho tribunal conocerá también todas las restantes acciones que la víctima deduzca respecto del imputado para perseguir las responsabilidades civiles derivadas del hecho punible, y que no interponga en sede civil.

Con la excepción indicada en el inciso primero, las otras acciones encaminadas a obtener la reparación de las consecuencias civiles del hecho punible que interpusieren personas distintas de la víctima, o se dirigieren contra personas diferentes del imputado, sólo podrán interponerse ante el tribunal civil que fuere competente de acuerdo a las reglas generales.

El tribunal civil mencionado en el inciso anterior será competente para conocer de la ejecución de la decisión civil de las sentencias definitivas dictadas por los jueces con competencia penal, así como de la sentencia que imponga el comiso de las ganancias provenientes del hecho ilícito que corresponda al delito.

Como puede apreciarse, las disposiciones citadas establecen la competencia de la declaración y de la ejecución de la medida de comiso sin condena previa, estableciéndola en los tribunales penales en el primer caso, y en el tribunal civil que fuera competente según las reglas generales, en el segundo. Esta decisión, ya lo hemos dicho, parece inconveniente por muchas



razones. Es cierto que debe quedar claramente explicitado que el comiso de ganancia siempre requiere la identificación de una acción típica penal, pero no un delito, y por ende lo central es que se trate de una infracción al orden público económico, pero no de modo genérico, sino a través de un acto que coincida con un hecho tipificado penalmente. En el proyecto que informamos, se da la paradoja de que se independiza el comiso de ganancias del delito y del juicio penal, pero se mantiene su persecución por el Fiscal del Ministerio Público y la competencia se asigna a juzgados penales. Pues bien, si se quiere mantener el comiso de esa clase en la competencia de lo criminal, no se puede extremar la independencia de tal institución respecto de aquellas categorías, y entonces debiera seguirse el ejemplo de la legislación española.

En efecto, resulta de utilidad considerar el modelo que siguió el art. 127 del Código Penal Español, y que restringe el rango de aplicación de esta clase de comiso explícitamente a la identificación de acciones delictivas (en sentido penal), de la siguiente manera:

“Art. 127 ter.

1. El juez o tribunal podrá acordar el decomiso previsto en los artículos anteriores aunque no medie sentencia de condena, cuando la situación patrimonial ilícita quede acreditada en un proceso contradictorio y se trate de alguno de los siguientes supuestos:

a) Que el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y exista el riesgo de que puedan prescribir los hechos,

b) Se encuentre en rebeldía y ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados dentro de un plazo razonable, o

c) No se le imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido.

2. El decomiso al que se refiere este artículo solamente podrá dirigirse contra quien haya sido formalmente acusado o contra el imputado con relación al que existan indicios racionales de criminalidad cuando las situaciones a que se refiere el apartado anterior hubieran impedido la continuación del procedimiento penal.”

Se aprecia de inmediato que en el sistema español el comiso de ganancias no se independiza del delito (allí tiene pleno sentido hablar de que se requiere un injusto, y no solo un hecho típico), no afecta a terceros –eso es central- y requiere cuando menos la declaración de existir “indicios racionales



de criminalidad” y siempre respecto a un sujeto que no pudo ser sometido a juicio por imposibilidad relativa a circunstancias personales; y es a sus bienes, y a los de nadie más, a los que se puede aplicar el comiso.

En cambio si -como ocurre en el proyecto que informamos- el decomiso sin condena no sólo opera contra el imputado de un procedimiento penal, sino que puede afectar a terceros (lo que no nos parece criticable) y no requiere que se identifique un ilícito penal, ni siquiera de modo indiciario en el propio proceso criminal, pierde sentido el regular cualquiera de sus extremos en la legislación penal y el atar la competencia para declararlo a la jurisdicción de esa especialidad, pues en ese caso la institución resulta ser de un orden distinto –patrimonial *sui generis*, de derecho público económico- cuya ligazón con lo penal aparecerá evidentemente disminuida. En ese entendido parecería necesario modificar el régimen de competencia, en orden a que debiera reclamarse la restitución –como adelantamos- mediante una acción de jurisdicción administrativa, otorgada al Consejo de Defensa del Estado (sin perjuicio del deber del Ministerio Público de aportarle todos los datos de su carpeta investigativa), para ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, aunque las infracciones no se refieran necesariamente a ese tópico, porque la naturaleza de derecho público (en cuanto infracción al orden público económico) de los hechos que den lugar al comiso, y de esta misma institución especial, así como las complejidades técnicas del tema, aconsejan que conozca de él un tribunal especializado, caso en el cual la sentencia debiera ser susceptible de reclamación para ante la Corte Suprema. O bien, como también decíamos, previo resolver el grave problema de sobrecarga que los agobia, debiera entregarse la competencia a los tribunales civiles, por tratarse de un reclamo netamente patrimonial, siendo siempre el Consejo de Defensa del Estado su titular, caso en el cual debieran proceder todos los recursos ordinarios y extraordinarios propios del sistema civil.

Para mantener la competencia en los tribunales penales para decretar el comiso sin condena previa, debería exigirse que fuera en el curso del propio proceso penal –y no en una audiencia concentrada y posterior- ante el tribunal del caso, aún si procedieren las hipótesis de sobreseimiento a que el proyecto se refiere, donde se discutiera con la latitud suficiente, y se resolviera por el tribunal, la existencia de la situación patrimonial ilícita y particularmente la existencia del hecho punible. Y, de mediar sentencia absolutoria, que en todo



caso ésta dejara establecida la existencia del injusto. Claro está que todo ello plantearía el problema de la extensión de ese comiso a terceros, que entonces deberían ser llamados a ese proceso penal para asegurar su defensa, y no solo a procedimientos posteriores de determinación del alcance del comiso. Desde luego se plantearía también el problema de los recursos que procedieran, y en favor de quién, respecto de esas decisiones propiamente penales que, aunque sobreseyeran o absolvieran, declararían la existencia del ilícito. A todo evento, las decisiones finales relativas propiamente al comiso sin condena, dictadas por los tribunales penales sin distinción, deberían ser susceptibles del recurso de apelación, como ya se indicó.

SEPTIMO. El artículo 51 N° 22 de la propuesta (art. 17 quáter de la Ley N° 20.393): La tercera disposición consultada dice relación con la incorporación de una nueva consecuencia jurídica que puede recaer en contra de las personas jurídicas implicadas en delitos, de conformidad a lo dispuesto en la ley N° 20.393, denominada “supervisión de la persona jurídica” y la manera en que se encontraría regulada su ejecución en la propuesta normativa. Esta nueva sanción se corresponde a una reiteración prácticamente idéntica de las antiguas propuestas que fueron observadas por el Máximo Tribunal mediante en el oficio N°124-2020, y que en su voto de mayoría, se expresó en términos generalmente negativos.

Lo anterior puede apreciarse claramente al comparar el texto de observarse la disposición consultada –identificada, ahora, mediante el art. 17 quáter que se pretende introducir a la Ley N° 20.393, con el de aquella relativa al art. 11 bis del mismo cuerpo legal, que fuera informada oportunamente por esta Corte.

Versión Informada por la Corte Oficio 124-2020:

Artículo 11 bis. Supervisión de la persona jurídica. El tribunal podrá imponer a la persona jurídica la supervisión si debido a la inexistencia o grave insuficiencia de un sistema efectivo de prevención de delitos ello resultare necesario para prevenir la perpetración de nuevos delitos en su seno.

La supervisión de la persona jurídica consiste en su sujeción a un supervisor nombrado por el tribunal, encargado de colaborar con la dirección de la persona jurídica en la elaboración, implementación o mejoramiento de un sistema adecuado de prevención de delitos y de controlar dicha elaboración,



implementación o mejoramiento por un plazo mínimo de seis meses y máximo de dos años.

La persona jurídica estará obligada a poner a disposición del supervisor toda la información necesaria para su desempeño.

El supervisor tendrá facultades para impartir instrucciones obligatorias e imponer condiciones de funcionamiento exclusivamente en lo que concierna al sistema de prevención de delitos, sin que pueda inmiscuirse en otras dimensiones de la organización o actividad de la persona jurídica.

Para los efectos de sus deberes y responsabilidad se considerará que el supervisor tiene la calidad de empleado público. Su remuneración será fijada por el tribunal de acuerdo con criterios de mercado y será de cargo de la persona jurídica.

Artículo 17 ter. Ejecución de la supervisión de la persona jurídica. Ejecutoriada la sentencia condenatoria que impusiere la supervisión de la persona jurídica por un período determinado, el tribunal competente para la supervisión de la ejecución de la pena designará a un supervisor y le dará instrucciones sobre el objeto preciso de su cometido, sus facultades y los límites de ellos, de lo cual será notificada la persona jurídica.

Las instrucciones obligatorias y las condiciones impuestas por el supervisor podrán ser reclamadas judicialmente.

En caso de incumplimiento injustificado de las instrucciones obligatorias o de las condiciones impuestas por el supervisor el tribunal podrá imponer, a solicitud del supervisor y oyendo a la persona jurídica, la retención y prohibición de celebrar actos y contratos sobre bienes o activos de ésta hasta que cese el incumplimiento, a título de apremio.

En casos de incumplimiento grave o reiterado el tribunal podrá, a solicitud del supervisor y oyendo a la persona jurídica, ordenar el reemplazo de sus órganos directivos y, en caso de no realizarse el reemplazo o de persistir el incumplimiento, la designación de un administrador provisional hasta que se verifique un cambio de circunstancias o hasta el cumplimiento íntegro de la supervisión.

Un reglamento establecerá los requisitos que habiliten para ejercer como supervisor, el procedimiento para su designación y reemplazo y para la determinación de su remuneración. Los requisitos para ejercer como supervisor deberán garantizar calificación y experiencia profesional pertinente



y ausencia de factores que pudieran dar lugar a conflictos de interés en el ejercicio del cargo.

Versión Actual:

Artículo 11 bis.- Supervisión de la persona jurídica. El tribunal podrá imponer a la persona jurídica la supervisión si, debido a la inexistencia o grave insuficiencia de un sistema efectivo de prevención de delitos, ello resulta necesario para prevenir la perpetración de nuevos delitos en su seno.

La supervisión de la persona jurídica consiste en su sujeción a un supervisor nombrado por el tribunal, encargado de asegurar que la persona jurídica elabore, implemente o mejore efectivamente un sistema adecuado de prevención de delitos y de controlar dicha elaboración, implementación o mejoramiento por un plazo mínimo de seis meses y máximo de dos años.

La persona jurídica estará obligada a poner a disposición del supervisor toda la información necesaria para su desempeño.

El supervisor tendrá facultades para impartir instrucciones obligatorias e imponer condiciones de funcionamiento exclusivamente en lo que concierna al sistema de prevención de delitos, sin que pueda inmiscuirse en otras dimensiones de la organización o actividad de la persona jurídica.

Además, tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales pertenecientes a la persona jurídica.

Para los efectos de sus deberes y responsabilidad, se considerará que el supervisor tiene la calidad de empleado público. Su remuneración será fijada por el tribunal de acuerdo con criterios de mercado, será de cargo de la persona jurídica y sólo rendirá cuentas a éste de su cometido.

Artículo 17 quáter.- Ejecución de la supervisión de la persona jurídica. Ejecutoriada la sentencia condenatoria que imponga la supervisión de la persona jurídica por un período determinado, el tribunal competente para la supervisión de la ejecución de la pena designará a un supervisor y le dará instrucciones sobre el objeto preciso de su cometido, sus facultades y los límites de ellas, de lo cual será notificada la persona jurídica. Con este fin se citará a una audiencia especial, en la que deberán ser oídos todos los intervinientes.

Las instrucciones obligatorias y las condiciones impuestas por el supervisor podrán ser reclamadas judicialmente.



En caso de incumplimiento injustificado de las instrucciones obligatorias o de las condiciones impuestas por el supervisor el tribunal podrá imponer, a solicitud del supervisor y oyendo a la persona jurídica, la retención y prohibición de celebrar actos y contratos sobre bienes o activos de ésta hasta que cese el incumplimiento, a título de apremio.

En casos de incumplimiento grave o reiterado el tribunal podrá, a solicitud del supervisor y oyendo a la persona jurídica, ordenar el reemplazo de sus órganos directivos y, en caso de no realizarse el reemplazo o de persistir el incumplimiento, la designación de un administrador provisional hasta que se verifique un cambio de circunstancias o hasta el cumplimiento íntegro de la supervisión.

Un reglamento establecerá los requisitos que habiliten para ejercer como supervisor, el procedimiento para su designación y reemplazo y para la determinación de su remuneración. Los requisitos para ejercer como supervisor deberán garantizar calificación y experiencia profesional pertinente y ausencia de factores que pudieran dar lugar a conflictos de interés en el ejercicio del cargo.

Sin perjuicio de lo señalado, atendida la disparidad de votos que se expresaron en dicha oportunidad y a pesar que la nueva versión no es muy diferente a la informada la vez anterior, parece relevante estudiar las potestades que prevé la nueva versión del artículo 17 quáter (anterior 17 ter) diferenciadamente. En este sentido, es dable discurrir que ella contempla cuatro reglas distintas con diverso impacto en el modelo, a saber: primero, otorga al tribunal el poder de designar al supervisor (inciso primero) -según las reglas y definiciones generales que exprese el reglamento al que se refiere el inciso final de la disposición-, para lo cual citará a una audiencia especial, en la que deberán ser oídos todos los intervinientes. Segundo, establece que será el tribunal quien definirá las facultades del supervisor, y los límites de las mismas. Tercero, otorga al tribunal la potestad de establecer la retención y prohibición de celebrar actos y contratos sobre bienes o activos de ésta, que actualmente corresponden a penas autónomas, como medidas de apremio ante el incumplimiento de las determinaciones del supervisor. Por último, en casos de incumplimiento grave o reiterado, permite que el tribunal disponga el reemplazo de sus órganos directivos y su administrador.



Atendidas estas reglas diferenciadas, en la resolución del Pleno en que se informó el mencionado proyecto de ley se señalaron tres distintos pareceres principales, según la distribución de potestades que se ha mencionado en el punto anterior:

(a) El voto de mayoría se mostró en contra de todo el paquete de reformas, estimando que: “tanto la institución que se crea, como la propuesta de regulación de sus atribuciones, se apartan de un principio básico en la imposición de las penas, como es la correspondencia de ésta con un delito preciso y determinado, que le sirve de presupuesto necesario y cuya entidad permite –entre otras circunstancias- regular su quantum, al establecerla como un régimen de consecuencias que adquiere independencia del ilícito establecido, carece de asignación de límites mínimos y máximos y contempla hipótesis de intervención sin precisión ni marco temporal de extensión, elementos todos que permiten reprochar que sus elementos no aparecen previamente determinados, lo que no solo transgrede el principio de legalidad, sino que además configura un régimen de consecuencias que se aparta de aquel previsto para el castigo de hechos pasados, únicos susceptibles de ser reprochados, de acuerdo a la estructura del sistema de imputación penal que nos rige”.

(b) El voto del ministro señor Muñoz se mostró a favor de todo el paquete de medidas, y “fue de opinión de informar favorablemente el proyecto que se analiza, por estimar que sus disposiciones dan cuenta de opciones de política criminal del legislador, que se advierten como coherentes con el propósito de la legislación general que se intenta perfeccionar”.

(c) El voto de los ministros señores Brito y Blanco, señora Chevesich, señor Valderrama, señora Vivanco y señor Silva Cancino, todos quienes estuvieron por expresar comentarios diferenciados a cada una de las potestades que implicaba el artículo relativo a la ejecución de la pena, señalaron: “que la primera atribución prevista en la norma que se consulta y que dice relación con la potestad del tribunal de designar aquella persona que hará las veces de supervisor, y la tercera, que permite imponer determinados apremios, no parecen problemáticas. Se encuentran razonablemente expresadas y parecen funcionales a la gravedad de la situación a la que pretenden hacer frente y al sentido de la propuesta legislativa”. Por el contrario, consideraron “que la segunda atribución, aquella que dice relación con el



establecimiento de las condiciones, límites y atribuciones del supervisor, parece algo más problemática. Si bien es cierto que los límites conceptuales de la sanción se encuentran establecidos por el sentido que le otorga el nuevo artículo 11 bis –que establece que el rol del supervisor no reemplaza a los órganos directivos o administradores de la empresa– también es cierto que dicha definición, por su vaguedad, no alcanza a superar el estándar que impone el mandato constitucional de legalidad de las penas (art. 19. N°3 de la Constitución Política de la República)”, por lo que consideraron que, “se echa de menos una definición legal explícita de cuáles son los derechos que puede restringir o limitar esta nueva pena, así como los límites mínimos y máximos de la misma”. Por último, consignaron “que la restante atribución descrita, esto es, aquella que dice relación con la posibilidad del tribunal de remover directores y establecer administradores, si bien resulta coherente con un enfoque piramidal de la materia –esto es, un enfoque muy popular en derecho comparado, que ordena escalonadamente las reacciones estatales en esta materia según el peligro de reiteración delictiva y la conducta progresiva que va exhibiendo la persona jurídica– su aplicación podría provocar determinadas suspicacias, atendida la enorme injerencia que involucra y la relativa indeterminación temporal que trasunta el empleo de la expresión “cambio de circunstancias”. En este sentido, no obstante la plausibilidad de reaccionar escalonadamente al comportamiento peligroso de una persona jurídica criminal, debería establecerse algún margen temporal más preciso para restringir la expropiación de la administración o dirección de la misma, además de mecanismos recursivos y causales taxativas que permitan a la empresa en cuestión oponerse a esta determinación tan intensa y perfilar su aplicación exclusiva tan sólo para los casos de empresas más problemáticas. Estas correcciones resultan imprescindibles para generar una propuesta respetuosa de los principios de proporcionalidad y razonabilidad penal que son exigibles en esta materia por mandato constitucional”.

Adicionalmente, también, debe considerarse que pueden levantarse objeciones contra el hecho de que se requiera al juez que dé instrucciones sobre el objeto preciso de su cometido, sus facultades y los límites de ellas, pues, semejantes instrucciones, para no resultar una mera repetición inútil de los preceptos legales o reglamentarios, requerirían adentrarse en la confección de un verdadero plan de acción, que supondría conocimiento general respecto



de la administración diligente de personas morales del giro de que se trate y, además, un conocimiento específico de la situación no ya jurídica, sino operativo-administrativa, de la empresa concreta de que se hable. Las facultades y limitaciones del cargo, luego, deberían estar detalladas en el Reglamento y el supervisor, al alero de ellas, debiera tener un plazo para interiorizarse de la real situación de la empresa y luego proponer él mismo al juez las medidas generales que le parezcan adecuadas al caso particular, dentro del marco legal y reglamentario de rigor, y el magistrado, oyendo a la persona jurídica, debiera poder resolver respecto de lo pedido, para concederlo en todo en parte, según los casos, rechazando lo que exceda el marco del Reglamento y de la Ley.

OCTAVO. El artículo 61 de la propuesta (art. 162 bis. Código Tributario): El artículo 61 de la propuesta intercala en el Código Tributario un nuevo artículo 162 bis, que establece una contra excepción al artículo 162 vigente del mismo cuerpo legal, y por la cual se permite al Ministerio Público perseguir delitos tributarios aún sin previa denuncia o querrela del Servicio de Impuestos Internos, bajo ciertas condiciones.

Por lo mismo, para comprender a cabalidad aquello que está en juego es menester situar, en primer lugar, el sentido y alcance del artículo 162 del Código Tributario que, en lo pertinente, establece un régimen de excepción a lo dispuesto en los artículos 53 y 172 del Código Procesal Penal, supeditando la investigación de hechos que revisten caracteres de delitos tributarios al hecho de que se haya presentado una denuncia o una querrela, por el Servicio de Impuestos Internos (“SII”); o, alternativamente, una querrela por parte del Consejo de Defensa del Estado a requerimiento del SII. En términos literales:

“Artículo 162.- Las investigaciones de hechos constitutivos de delitos tributarios sancionados con pena privativa de libertad sólo podrán ser iniciadas por denuncia o querrela del Servicio. Con todo, la querrela podrá también ser presentada por el Consejo de Defensa del Estado, a requerimiento del Director...”.

De este modo, según un importante sector de la doctrina, los delitos tributarios serían delitos especiales, sujetos a una peculiar condición de procesabilidad, que se explicaría en las peculiaridades técnicas que ellos presentan, y en la necesidad de dotar al SII de herramientas que permitan ejercer de un modo útil su rol como fiscalizador técnico a efectos de asegurar la



recaudación tributaria. En suma, la justificación de este régimen especial está dado, más que por consideraciones de política criminal, por razones de política tributaria.

Pues bien, atendida esta estructura normativa señalada, la propuesta pretende establecer una contra excepción a esta restricción de procesabilidad, con miras a que, en ciertos casos, deba perseguirse obligatoriamente la responsabilidad de personas cuando el Ministerio Público, al investigar delitos comunes, haya notado la posible existencia de delitos tributarios que implican cuantías de impuestos superiores a las 30 UTA y exista la sospecha de que estos afecten gravemente el patrimonio fiscal, entendiéndose por tal “la situación en que los delitos potencialmente imputables respondan a hechos reiterados en más de un ejercicio comercial o que exista una notoria desproporción entre los impuestos pagados y los evadidos o se hubiere utilizado asesoría contable o profesional”.

Pues bien, en esta calificada hipótesis, se indica que el Ministerio Público pueda requerir al SII para que determine si decide o no impetrar denuncia o querrela por el caso en cuestión en un plazo de 90 días corridos (ampliable por razones específicas hasta por cuarenta y cinco días más). Si es que el SII decide no hacerlo, la propuesta establece que el Fiscal que instruye la causa respectiva podrá solicitar a la Corte de Apelaciones competente el “forzamiento de la acción criminal, siempre y cuando los hechos que se indagan puedan guardar relación con algunos de los delitos contemplados en el artículo 97 N°4” del Código Tributario. La Corte respectiva, tramitando la causa requerirá informe del SII según las reglas del artículo 19 del Código Procesal Penal, y con su mérito determinará autorizar o no la apertura del procedimiento penal por parte del Ministerio Público, en los términos de una acción penal pública.

Al respecto, más allá de la conveniencia o inconveniencia de sujetar, de modo general, el ejercicio la acción penal por delitos tributarios a la voluntad del Servicio de Impuestos Internos, y de la inconveniencia de allegar agentes estatales como co-persecutores al proceso penal (por la afectación del principio de igualdad de armas que eso supone), si la ley quiere otorgar al Ministerio Público la facultad de iniciar acción penal, no ya para la generalidad de los casos, pero sí para casos determinados que, por su gravedad o por sus circunstancias, le parezca que atentan en contra del orden público económico,



debiera entregar directamente la facultad de iniciar la acción al órgano persecutor, sin pedir venia al Servicio de Impuestos Internos, y sin perjuicio de que éste debiera estar obligado a entregar al Ministerio Público toda la información que se le requiriera. De este modo, se considera por este informante que la jurisdicción no debiera tener participación en la decisión de iniciar causa, pues ello cabe dentro de la descripción de funciones de un órgano constitucionalmente autónomo específico, como lo es el Ministerio Público. A todo evento, si se estima necesario consultar previamente al Servicio de Impuestos Internos, y si éste se opusiere, la decisión final debiera entregarse al Fiscal Nacional, porque se trata aquí de la persecución de delitos, no de la determinación de impuestos adeudados. No cabe equiparar, respecto de la persecución penal, a dos órganos claramente disímiles. Uno es un órgano autónomo cuya es precisamente su función propia, el otro un servicio público, dependiente del Ejecutivo, con una función diferente. Uno tiene la precisa misión de iniciar y llevar adelante las acciones penales; el otro tiene una función fiscalizadora que asegure el pago de los tributos pertinentes.

A todo evento, si se quiere persistir en entregar la resolución del conflicto entre estos órganos a la Judicatura, no se advierte la razón de entregar la decisión a la competencia directa de las Cortes de Apelaciones, pareciendo suficiente una resolución fundada de autorización para proceder, que dicte el Juzgado de Garantía correspondiente. La tendencia actual del legislador de prescindir de la primera instancia natural no parece adecuada y, en este caso, dirimir un conflicto relativo al forzamiento del ejercicio de acción penal parece un caso propio de primera instancia, sin perjuicio del eventual recurso que se quiera añadir.

NOVENO. Artículo 62 de la propuesta (art. 189 bis de la Ordenanza de Aduanas): Por último, el artículo 62 de la propuesta introduce en el decreto con fuerza de ley N°30, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que aprueba el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto con fuerza de ley N° 213, de 1953, sobre Ordenanza de Aduanas, un nuevo artículo 189 bis, que posee similares implicancias a aquel analizado en el apartado anterior, pero que en vez de aplicarse en relación a los delitos tributarios del Código del Ramo, se aplican a los delitos de contrabando. En efecto, esta clase de delito se sujeta, según el art. 189 de la legislación del ramo, a reglas equivalentes a aquellas estipuladas en el Código Tributario, y requieren como requisito de



procesabilidad la existencia de una denuncia o querrela iniciada por el Servicio respectivo, o por el Consejo de Defensa del Estado, a requerimiento del Director Nacional de Aduanas.

Considerando la simetría de la situación en comento con respecto a la analizada en el apartado anterior, parece completamente aplicable el mismo razonamiento.

DÉCIMO. CONCLUSIONES: Considerando la envergadura del proyecto y la cantidad de reformas que previene, es menester tener en cuenta que el presente informe tan sólo cubre aquellas consideraciones directamente implicadas por el oficio que le ha dado origen y, por lo mismo, comprende sólo una porción de todas las propuestas que se encuentran en discusión en el Congreso y que podrían decir relación con lo dispuesto en el artículo 77 de la Constitución Política de la República.

Dando por descontado lo anterior, se hace presente que el proyecto presenta recoge importantes incorporaciones, muchas de las cuales vienen sugeridas desde hace varios años en el concierto internacional pero que todavía podrían ser corregidas para asegurar niveles adecuados de debido proceso y acceso a la justicia. En este sentido, se recomienda informar el proyecto valorando la voluntad de legislar en estas materias, pero haciendo presente las diversas observaciones que se han desarrollado en las páginas precedentes, algunas de las cuales pueden tener serias repercusiones respecto de la garantía constitucional del debido proceso.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 18 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, se acuerda informar en los términos precedentemente expuestos el proyecto de ley que “Sistematiza los delitos económicos y atentados contra el medio ambiente, modifica diversos cuerpos legales que tipifican delitos contra el orden socioeconómico, y adecua las penas aplicables a todos ellos”, (Boletines N° 13.205 y N°13.204.-07).

Se deja constancia que **la ministra señora Egnem** concurre al informe que precede y, particularmente en relación al punto abordado en su motivo 6°, el comiso de ganancias, es de opinión de señalar que se debería seguir en la materia un modelo similar al que consagra el artículo 127 del Código Penal Español, que contiene prescripciones que se apegan a las normas del debido



proceso, y que debería incluir también un apropiado sistema recursivo, como la apelación, que permite la revisión de hechos y derecho.

En relación al punto abordado en el considerando Séptimo del informe, supervisión de la persona jurídica, **la ministra señora Egnem** deja constancia que comparte el voto de mayoría consignado en el Informe evacuado por este tribunal y que allí se cita.

Por último, en relación a lo expresado en los motivos 8° y 9° del informe, **la ministra señora Egnem** sólo comparte lo expresado en el párrafo final del fundamento 8° y estuvo por no emitir opinión en relación al artículo 62 de la propuesta, por estimar que, en razón de la materia, no corresponde informar.

Oficiese.

PL 25-2021”

