

## DE NUEVO SOBRE EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

HÉCTOR HERNÁNDEZ BASUALTO\*  
*Universidad Diego Portales*

El amplio reconocimiento científico de Marcelo Sancinetti tanto en su país como en el extranjero se debe fundamentalmente, sin duda, a su extensa obra dedicada a problemas centrales de la teoría del delito. Sería injusto, sin embargo, subestimar sus lúcidas aportaciones a la Parte especial, a lo que hoy conocemos como justicia transicional o, en fin, a las cuestiones probatorias. De algún modo estos tres ámbitos del interés intelectual de nuestro homenajeado se cruzan en su decidida toma de posición contra la tipificación del llamado “enriquecimiento ilícito”<sup>1</sup>. Con la contundencia y brillantez habituales, Sancinetti demostró que el tipo penal no resiste un escrutinio serio desde la perspectiva de las garantías penales, tanto sustantivas como procesales, y advirtió que la necesaria represión jurídico-penal de la corrupción pública no puede descansar en el desconocimiento de tales garantías, constituyéndose así en referente obligado para cualquiera que también quisiera denunciar la ilegitimidad de semejante tipificación<sup>2</sup>.

Parecería entonces que todo está escrito al respecto. Si se vuelve sobre el tema, sin embargo, es porque, a pesar de la evidencia, el entusiasmo por esta figura, que en parte hasta se reivindica como contribución de la América espa-

---

\* Este trabajo se publicó originalmente en HILGENDORF, Eric; LERMAN, Marcelo D.; CORDOBA, Fernando J. (eds.): *Brücken Bauen. Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag* (2020) Berlin: Duncker & Humblot, pp. 795-804. Este no alcanzó a hacerse cargo de la reciente STC rol N° 12.797-22, de 12 de enero de 2023, que validó la compatibilidad constitucional del art. 241 bis del Código Penal, pero solo por empate de votos, demostrando que la cuestión constitucional sigue completamente abierta. El trabajo se reproduce con la amable autorización de los editores del libro mencionado.

<sup>1</sup> SANCINETTI, Marcelo. *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*, 3ª edición (2014), Buenos Aires: Ad-Hoc. La primera edición es de 1994.

<sup>2</sup> En Chile HERNÁNDEZ, Héctor. “El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el derecho penal chileno”, en *Revista de Derecho de la P. Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXVII (2006), pp. 183-222; OLIVER, Guillermo. “Inconstitucionalidad del nuevo delito de enriquecimiento ilícito”, en RODRÍGUEZ (coord.), *Delito, pena y proceso. Libro Homenaje a la memoria del Profesor Tito Solari Peralta* (2008), Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 463-480; RODRÍGUEZ, Luis y OSSANDÓN, Magdalena. *Delitos contra la función pública*, 2ª edición (2008), Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 435 ss.

ñola a la cultura jurídica universal, no sólo no decae, sino que incluso parece ir en aumento. En efecto, aunque la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC) no impone la obligación de introducir un delito de este tipo, sino sólo de considerarlo como posibilidad, su art. 20 ha dado lugar a que se discuta la pertinencia de su introducción incluso más allá de los límites de los países en desarrollo en que tuvo su origen<sup>3</sup>. Se hace necesario entonces volver a revisar la cuestión a la luz de los últimos desarrollos, ofreciendo con ello un modesto pero cariñoso homenaje a un colega al que se le prodiga respeto y admiración.

Las razones en favor de la tipificación del enriquecimiento ilícito no parecen haberse modificado sustancialmente en los últimos años. Siguen centradas en los graves efectos de la corrupción y en la indignación que produce su impunidad, como factores que legitimarían cualquier esfuerzo bienintencionado en su contra<sup>4</sup>. Con todo, ante las críticas y objeciones de legitimidad, han surgido respuestas (también por parte de algunos de sus críticos) que conviene revisar, las que se corresponden con las siguientes actitudes.

## I. LA NEGACIÓN

Ante la crítica fundamental<sup>5</sup> basada en la inversión de la carga de la prueba y el abandono de la presunción de inocencia, algunos autores simplemente la niegan. Así, por ejemplo, para el caso del derecho chileno, se invoca el inciso tercero del art. 241 bis CP, conforme al cual la prueba del enriquecimiento injustificado “será siempre de cargo del Ministerio Público”<sup>6</sup>. Como se verá luego (*infra* II), el argumento hace en efecto sentido, al menos a primera vista. Pero si se observan los alcances concretos que estos autores asignan a esa carga, se advierte que no es más que un juego de palabras. Porque el Ministerio Pú-

---

<sup>3</sup> Sobre la reciente discusión en España, con referencia a las propuestas concretas DEL CARPIO, Juana. “El delito de ‘enriquecimiento ilícito’: análisis de la normativa internacional”, en *Revista General de Derecho Penal*, vol. 23 (2015), pp. 58 ss.; BLANCO CORDERO, Isidoro. “El debate en España sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 19-16 (2017), pp. 11 ss.

<sup>4</sup> Un buen ejemplo reciente de esto, sobre el que se volverá *infra* III, lo ofrece el trabajo de KOFELE-KALE, Ndiva. “Presumed Guilty: Balancing Competing Rights and Interests in Combating Economic Crimes”, en *The International Lawyer*, vol. 40 (2006), pp. 909-955.

<sup>5</sup> Aunque no la única, pues el tipo también vulnera garantías sustantivas asociadas al principio de legalidad, cfr. SANCINETTI, ob. cit., pp. 172 y ss.; HERNÁNDEZ, ob. cit., pp. 199 ss.; OLIVER, ob. cit., pp. 473 y ss.

<sup>6</sup> MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Manual de derecho penal chileno. Parte especial*, 3ª edición (2019), Valencia: Tirant lo Blanch, p. 443.

blico no tendría que probar que el incremento patrimonial tiene origen ilícito (presupuesto necesario para afirmar que es *indebido*), sino sólo “que no puede explicarse por los ingresos legítimos en cuanto funcionario y el resto de los que pudiese haber obtenido lícitamente”, o bien que “no es explicable por el ahorro derivado de los ingresos lícitos del funcionario”<sup>7</sup>, con lo cual, en rigor, la pesada carga de la prueba de cargo en este punto se reduce a demostrar que los ingresos lícitos (y conocidos) del imputado no guardan relación con el incremento patrimonial. En otras palabras, se reduce a constatar lo inexplicable de la situación, lo que basta para imponer una pena si el imputado no es capaz de explicarla satisfactoriamente.

Pues bien, esta inversión de la carga de la prueba es lo propio de un delito de enriquecimiento ilícito y la razón por la cual, más allá de una mera “crítica político criminal”<sup>8</sup>, se ha objetado su legitimidad constitucional en una serie de ordenamientos, algunos de antemano, pronunciándose respecto de los instrumentos internacionales pertinentes (Estados Unidos, Canadá), otros a través de los mecanismos internos de control de constitucionalidad de las leyes (Italia<sup>9</sup>, Costa Rica<sup>10</sup>, Portugal<sup>11</sup>, en los tres casos por vulnerarse la presunción de inocencia). Es la razón también por la cual tales instrumentos ofrecen la salvaguardia, impensable respecto de cualquier otro delito de corrupción<sup>12</sup>, de una obligación sólo “con sujeción a su Constitución y a los principios fun-

---

<sup>7</sup> MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 443. Los autores agregan que se debe acreditar “que no existe otra explicación económica que justifique el monto del patrimonio”, pero del contexto se desprende que, más que exigir realmente la prueba del hecho negativo, sólo aluden a la ausencia de explicaciones aparentes.

<sup>8</sup> MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 442.

<sup>9</sup> Por sentencia N° 48 de 1994, la Corte Constitucional declaró inconstitucional el art. 12 quinquies, apartado 2, del Decreto-Ley de 8 de junio de 1992, N° 306, luego Ley de 7 agosto de 1992, N° 356, que introducía el delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios; luego, mediante la sentencia N° 370 de 1996, declaró inconstitucional por las mismas razones el longevo art. 708 CP, que reprimía al mendigo que, encontrado en posesión de dinero u objetos de valor u otras cosas no correspondientes a su estado, no justificara su proveniencia.

<sup>10</sup> Por sentencia N° 1.707, de 28 de marzo de 1995, la Sala Constitucional de la Corte Suprema declaró inconstitucionales los incisos a) y c) del art. 26 de la Ley N° 6.872 del 17 de junio de 1983, sobre el enriquecimiento ilícito de los servidores públicos.

<sup>11</sup> Por el Acuerdo del Tribunal Constitucional N° 179/2012 se declararon inconstitucionales tres artículos del Decreto N° 37/XII, aprobado por la Asamblea de la República, que introducían en el Código penal y en una ley especial tipos de enriquecimiento ilícito (uno de ellos como delito común).

<sup>12</sup> Ni siquiera el vaporoso delito de “abuso de funciones” recogido en el art. 19 UNCAC la ha merecido.

damentales de su ordenamiento jurídico”<sup>13</sup> y por la que grupos oficiales de expertos llamados a ofrecer modelos de redacción a los Estados reconocen que la esencia del delito (la falta de explicación razonable del incremento desproporcionado) pudiera interpretarse como inversión de la carga de la prueba o como una obligación de autoincriminación<sup>14</sup>. Que hasta ahora no se haya impugnado con éxito la constitucionalidad de esta figura en otros Estados sólo demuestra que la cuestión es discutible, pero en ningún caso eludible.

## II. LA RETIRADA TÁCITA

En un trabajo anterior referido a la introducción del delito de enriquecimiento ilícito en Chile, se hacía presente que la única manera de salvar la legitimidad del tipo penal pasaba porque, en contra de lo que precisamente se buscaba con él, el Ministerio Público tuviera en efecto la carga de la prueba, lo que implicaba probar *positivamente* el origen ilícito del incremento patrimonial, pues lo contrario, la ausencia de un origen legítimo, en cuanto hecho negativo, era imposible de probar (*probatio diabolica*). Con esto, sin embargo, el tipo penal devenía o bien inaplicable, porque por regla general no sería posible probar el origen ilícito, o bien superfluo, porque acreditado ese origen ilícito habría de aplicarse el tipo penal así establecido (inciso 2° del art. 241 bis CP), *tertium non datur*<sup>15</sup>.

Se comprenderá, en todo caso, que el propósito del razonamiento no era cándido sino retórico, pues sólo se trataba de remarcar que un tipo penal así no tenía salvación si quería ser fiel a su propósito<sup>16</sup>. Por eso sorprende que genuinos partidarios de este delito estén dispuestos a sacrificar su esencia con tal de verlo consagrado en la legislación. Es lo que ocurre con aquellos autores

---

<sup>13</sup> Contra el parecer de MATUS y RAMÍREZ, ob. cit., p. 442, se reconoce en general que la fórmula permite derechamente eximirse del deber de tipificación sin necesidad de reserva alguna, cfr. por todos MANFRONI, Carlos A. *La Convención Interamericana contra la corrupción*, 2ª edición (2001), Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 147.

<sup>14</sup> Véase el Anexo II al informe “Legislación modelo sobre enriquecimiento ilícito y soborno transnacional”, referido al enriquecimiento ilícito, aprobado por el Comité Jurídico Interamericano, dependiente de la OEA, en su 54° período ordinario de sesiones, el 29 de enero de 1999, en Informe del Comité Jurídico Interamericano a la Asamblea General, Río de Janeiro 1999, p. 127.

<sup>15</sup> HERNÁNDEZ, ob. cit., pp. 213 y ss. A menos que, conforme a una interpretación dudosa pero plausible, el origen ilícito no fuera delictivo, único caso en el cual podría aplicarse el tipo, entendiéndolo como un tipo residual en el sentido de reprimir toda forma de enriquecimiento comprobadamente ilícito, pero no constitutivo de otro delito.

<sup>16</sup> Llevaba razón, sin embargo, OLIVER, ob. cit., pp. 478 y s. al predecir que no faltarían interpretaciones que validaran la inversión de la carga de la prueba que el texto debía evitar.

que, con resignación, proponen una redacción que “no suponga una violación a la presunción de inocencia”<sup>17</sup>, y que, a la hora de tratar de explicar cómo podría ser eso posible, ponen el énfasis en un bien jurídico distinto, como podría ser “la transparencia de las fuentes de ingresos patrimoniales de los funcionarios públicos”, susceptible de ser lesionado mediante conductas que puedan ser efectivamente acreditadas por la acusación<sup>18</sup>. Otros autores, críticos de un delito de enriquecimiento ilícito (aunque por razones antagónicas), siguen un camino similar al proponer el establecimiento de delitos formales asociados a la infracción de deberes funcionarios de información y documentación en relación con sus ingresos<sup>19</sup>.

Sin perjuicio de que por consideraciones de proporcionalidad pueda discutirse la necesidad y legitimidad de que semejantes infracciones sean constitutivas de delito y no se sancionen sólo por vía administrativa<sup>20</sup>, se trataría sin duda de tipificaciones más ajustadas a los principios del derecho penal que lo que se puede decir de un delito de enriquecimiento ilícito, sobre todo considerando la tendencia a la negación que, como se mostró *supra* I, se da incluso en ordenamientos que contienen una salida, aunque torpe, legítima. En la disyuntiva, se trata claramente de un mal menor.

---

<sup>17</sup> DEL CARPIO, ob. cit., p. 57.

<sup>18</sup> DEL CARPIO, ob. cit., p. 57, con referencia a la propuesta del magistrado Carlos Cadilha, en su voto en el citado fallo del Tribunal Constitucional portugués.

<sup>19</sup> Tal es la propuesta de BLANCO CORDERO, ob. cit., p. 33 ss., quien ve en un delito de estas características, que deje de girar en torno al delito que se sospecha cometido, y que atente más bien contra “la licitud y transparencia de los ingresos patrimoniales de los altos cargos públicos”, una alternativa al desafortunado delito de enriquecimiento ilícito. Propone, además, colorear de ilicitud la conducta típica (en rigor: describir por primera vez una conducta típica sin referencia a una conducta de la que se tienen sospechas, pero no una descripción) exigiendo una actividad clandestina de ocultamiento del incremento patrimonial, así como posibles restricciones en términos de cuantía y círculo de posibles autores, además de la renuncia a la pena privativa de libertad. La propuesta de introducir tipos formales de estas características concuerda parcialmente también con la WILSHER, Dan. “Inexplicable wealth and illicit enrichment of public officials: A model draft that respects human rights in corruption cases”, en *Crime, Law and Social Change*, vol. 45 (2006), p. 43 s., quien, sin embargo, como se verá *infra* III, los entiende sólo como tipos de flaqueo al lado del delito de corrupción que puede ser presumido a partir del enriquecimiento inexplicable. Llama la atención, por último, que el citado Anexo II del Comité Jurídico Interamericano, más que propuestas de redacción para un tipo de enriquecimiento ilícito, las contenga en relación con delitos de omisión o retardo en la presentación de declaraciones de bienes o de declaraciones falsas, entre otras conductas (pp. 127 s.).

<sup>20</sup> El propio BLANCO CORDERO, ob. cit., pp. 26 y s. ha mostrado cómo en otros ordenamientos es la vía administrativa la elegida para reprimir estos casos, criterio que en ese contexto parece compartir.

## III. LA DEFENSA DESEMBOZADA

Pero hay también quien no se amilana ante la crítica y, reconociendo abiertamente que un tipo de enriquecimiento ilícito existe precisamente *para* invertir la carga de la prueba en perjuicio del imputado, sostiene que dicha inversión en estos casos resulta completamente legítima. El argumento central de esta defensa sin eufemismos radica en que la presunción de inocencia no sería un derecho absoluto y que, en consecuencia, las presunciones *contra reo* en materia penal no serían siempre ilegítimas. Para ello se invoca especialmente la autoridad de decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y de algunas prestigiosas jurisdicciones anglosajonas, concretamente las Cortes de Canadá, el Reino Unido y Sudáfrica<sup>21</sup>. Así, se suelen citar las decisiones *Salabiaku v. Francia*<sup>22</sup> y *Pham Hoang v. Francia*<sup>23</sup> del Tribunal de Estrasburgo, en las que, en efecto, se afirma que el Convenio Europeo no prohíbe el uso de presunciones de hecho o de derecho en materia penal, con tal que los ordenamientos las mantengan dentro de límites aceptables, teniendo en cuenta la importancia de lo que está en juego y preservando el derecho de defensa (§ 28 y § 32, respectivamente). Por su parte, los tribunales anglosajones cuya autoridad se invoca admiten inversiones de la carga de la prueba que resulten justificadas.

Sobre esta base, no debe extrañar que algún autor considere inconducente la introducción de un delito especial de enriquecimiento ilícito, pues si resulta legítimo presumir la responsabilidad penal del funcionario que se enriquece de un modo inexplicable, lo coherente es presumir derechamente el delito de corrupción (cohecho) que se sospecha ha cometido para enriquecerse y castigarlo en consecuencia<sup>24</sup>.

Y debe reconocerse que los términos empleados por las sentencias en cuestión, particularmente por las del TEDH, son tan amplios que, en efecto, parecen prestar cobertura a múltiples posibles inversiones de la carga de la prueba, al punto de que, luego de su lectura, lo que realmente resulta sorprendente es que la presunción de inocencia se haya mantenido por tanto tiempo como supuesta regla general en los sistemas de justicia penal europeos. Ahora bien, si se mira

---

<sup>21</sup> Así WILSHER, ob. cit., pp. 34 ss.; KOFELE-KALE, ob. cit., pp. 924 ss., 931 ss.; MUZILA, Lindy; MORALES, Michelle; MATHIAS, Marianne; BERGER, Tammar. *On the Take. Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption* (2012), Washington D.C.: World Bank, pp. 31 y ss.

<sup>22</sup> STEDH de 7 de octubre de 1988, solicitud N° 519/83.

<sup>23</sup> STEDH de 25 de septiembre de 1992, solicitud N° 13.191/87.

<sup>24</sup> WILSHER, ob. cit., pp. 31 y s., 40 y ss.

con detenimiento lo que se discutía en los casos concretos, se puede apreciar que los alcances del *dictum* en ambas sentencias son mucho más modestos que los que su literalidad sugiere y que, por cierto, no se está en la antesala de una revolución en materia de carga de la prueba en sede penal.

De lo que se trataba era exclusivamente de la prueba del *dolo* respecto de la posesión de estupefacientes y, como se sabe, al margen de que en ambos casos se hicieran valer, en efecto, disposiciones que explícitamente invertían la carga de la prueba o presumían la ilicitud del hecho, se sabe que en prácticamente cualquier ordenamiento jurídico esa prueba se colige del hecho mismo de la posesión y de la ausencia de circunstancias que sugieran la posibilidad de desconocimiento o error, tal como, en general, la prueba del *dolo* se extrae de la realización misma de la conducta objetivamente típica y de la ausencia de factores que permitan presumir, de nuevo, desconocimiento o error. En otras palabras, al margen de cualquier discusión de detalle al respecto, se trata de inferencias usuales y completamente razonables que operan con independencia de la existencia de disposiciones expresas que las ordenen. Lo mismo se puede decir de la prueba de la antijuridicidad y de la culpabilidad del hecho objetivamente típico que se encuentra acreditado: será por regla general la defensa la que deberá realizar una mínima actividad probatoria para producir siquiera duda razonable respecto de la concurrencia de una posible causa de justificación, de exculpación o de disculpa<sup>25</sup>. Este tipo de inversión de la carga de la prueba o, si se quiere, esta forma de presumir la responsabilidad del imputado no genera ninguna anomalía<sup>26</sup>, pues se trata de inversiones puntuales, sobre aspectos relevantes, pero no centrales de la imputación.

Este aspecto es central. En las jurisdicciones en que se discute más abiertamente sobre posibles inversiones de la carga de la prueba es una constante la exigencia de admitirlas bajo estricta observancia de criterios de *proporcionalidad*, debiendo considerarse, entre otros factores, si lo que se quiere presumir es un elemento esencial de la infracción o no, porque ciertamente resulta más atendible una presunción *contra reo* cuando se trata de aspectos secundarios que fundarían una excepción a lo que expresan los hechos, que cuando se

---

<sup>25</sup> Si la labor de la defensa es sólo generar una duda razonable o más bien probar la inocencia del acusado conforme a un determinado estándar de prueba, es decir, si pesa sobre ella lo que en la literatura anglosajona se conoce como una carga de evidencia (*evidential burden*) o una carga legal o de persuasión (*legal or persuasive burden*) es algo que no puede abordarse en este trabajo.

<sup>26</sup> Lo mismo rige en general para los casos que se invocan de la jurisprudencia anglosajona, los que en general versaban sobre la prueba del *dolo* de distintas infracciones. Esto sin contar con la presunción implícita de responsabilidad que suponen los casos de *strict liability*.

trata de presumir ni más ni menos que el núcleo de la imputación<sup>27</sup>. Y ocurre que con la presunción del origen ilícito (más aún: delictivo) del incremento patrimonial del funcionario se está haciendo mucho más que presumir el dolo o la ausencia de una nota negativa que altere el sentido natural y obvio de una conducta perfectamente acreditada, pues se está presumiendo la existencia misma de una (indeterminada) conducta constitutiva de delito. Que los únicos pronunciamientos claros en favor de un delito de enriquecimiento ilícito en esa tradición (Hong Kong mientras fue posesión británica)<sup>28</sup> hayan quedado más bien aislados, confirma que sus razones no tienen que ver realmente con esta discusión conceptual.

Ni los estragos que produce la corrupción ni las dificultades probatorias en la materia ni la acusada desigualdad de armas que existiría en algunos ordenamientos entre altos funcionarios y un Estado débil<sup>29</sup> ni la insidiosa presentación del conflicto como uno entre derechos individuales y derechos colectivos (un supuesto derecho colectivo a una sociedad libre de corrupción)<sup>30</sup> están en condiciones de justificar una presunción de responsabilidad penal tan desproporcionada como la que se propone respecto de los funcionarios.

#### IV. LA BÚSQUEDA DE ALTERNATIVAS LEGÍTIMAS

La sospecha que sirve de base al movimiento por la tipificación de un delito de enriquecimiento ilícito tiene sin duda fundamento racional. Si un funcionario público ve incrementado su patrimonio de modo significativo y lleva un nivel de lujos y gastos que no guardan ninguna relación con sus ingresos conocidos, precisamente durante el período en que ejerce el cargo, cualquier persona razonable sospecharía que esto es el resultado de actividades ilícitas de su parte, probablemente de actos de corrupción.

Como se ha dicho una y otra vez, sin embargo, en un Estado de derecho la plausibilidad de una sospecha no basta para condenar criminalmente a alguien, de modo que ella sólo puede (y debe) servir de fundamento para

---

<sup>27</sup> Así, se lee, por ejemplo, en el Informe Final “Traditional Rights and Freedoms - Encroachments by Commonwealth Laws”, de la Comisión Australiana para la Reforma del Derecho, de diciembre de 2015, pp. 267 y s.

<sup>28</sup> Decisión del Privy Council en *Mok Wei Tak and another v. The Queen*, [1990] 2 AC 333, siendo notorio que el tribunal opera como si fuera un delito de posesión (en este caso de riqueza); véase también el fallo de la Corte de Apelaciones en *Attorney General v. Hui Kin Hong*, [1995] 1 HKCLR 227. Sobre esto WILSHER, ob. cit., pp. 32 y ss.

<sup>29</sup> KOFELE-KALE, ob. cit., pp. 918, 936 y ss.

<sup>30</sup> KOFELE-KALE, ob. cit., pp. 910, 914 y s.

una investigación exhaustiva contra el sospechoso, que permita confirmarla, acreditar delitos concretos y castigar por ellos al corrupto. Ahora bien, siendo esto radicalmente correcto, la pregunta que sigue rondando es ¿y se puede hacer algo más, algo que no cargue con las notas ilegítimas de un delito de enriquecimiento ilícito?

Es en este contexto en que ha surgido como posible alternativa el *decomiso* de ganancias ilícitas *sin condena*, que se suele emparentar, porque suelen coincidir, aunque no exista una relación conceptual necesaria, con el llamado *decomiso civil* o con el *decomiso in rem*<sup>31</sup>. El auge de estas figuras durante los últimos años en el derecho comparado es de sobra conocido, como lo es también que su fortaleza radica en que, al negarse su carácter de pena o, más aún, de consecuencia penal, no están sujetas a las garantías propias del derecho penal. No es difícil advertir, sin embargo, que su debilidad estriba precisamente en la aparente simplicidad de esta fortaleza, pues se sospecha que por la sola vía de cambiarle el nombre o “naturaleza jurídica” a las cosas, es decir, sin diferencias de fondo, se logra exactamente lo mismo que bajo la calificación de “penal” era considerado ilegítimo. Como no es posible abordar aquí siquiera mínimamente la discusión, se cierran estas líneas con unas pocas reflexiones puntuales.

No hay nada ilegítimo *per se* en un decomiso sin condena. El supuesto que debiera ser pacífico es aquél en que *consta* el origen ilícito de las ganancias. Desde luego porque hay razones para la falta de condena que son plenamente compatibles con la prueba de la actividad delictiva de la cual provienen las ganancias. Tal es el caso cuando el responsable ha muerto, deviene incapaz o está prófugo, pero también cuando el delito ha prescrito o se ha dictado una amnistía antes del juzgamiento o de la condena, entre otros. No se aprecia ninguna razón para que en estos casos la ausencia de condena deba implicar la mantención de la situación patrimonial generada por la actividad ilícita. Ahora bien, si esto es correcto, necesariamente el *fundamento* del decomiso en estos

---

<sup>31</sup> Sobre esto la literatura se ha vuelto inabarcable. Véanse al respecto los textos editados por RUI, Jon Petter y SIEBER, Ulrich (eds.). *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe* (2015), Berlin: Duncker & Humblot; para Alemania, favorablemente MEYER, Frank. “‘Reformiert die Rückgewinnungshilfe!’ - Denkanstöße für eine Generalüberholung der Vermögensabschöpfung”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 127 (2015), pp. 241-283; críticamente SALIGER, Frank. “Grundfragen der Vermögensabschöpfung”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 129 (2017), pp. 995-1034; para España AGUADO, Teresa. “La Directiva 2014/42/UE sobre embargo y decomiso en la Unión Europea: una solución de compromiso a medio camino”, en *Revista General de Derecho Europeo*, vol. 35 (2015), pp. 15 y ss.; BLANCO CORDERO, ob. cit., pp. 29 y ss.; y en general ya antes VERVAELE, John A.E. “Las sanciones de confiscación: ¿Un intruso en el Derecho Penal? (trad. Lazo López y Moreno Moreno)”, en *Revista Penal*, N° 2 (1998), pp. 67-80.

casos es uno distinto que el de la condena. Se sabe que esta discusión sobre el fundamento y la *naturaleza jurídica* de ciertas reacciones frente a hechos ilícitos está algo desprestigiada, porque parece ser el reino del fraude de etiquetas<sup>32</sup>, pero sigue siendo necesaria. Así, no puede dudarse que el decomiso de los instrumentos del delito, al menos cuando éstos no son intrínsecamente peligrosos, tiene un carácter eminentemente punitivo, pues se priva de bienes que constituían legítimamente (al menos sin discusión al respecto) propiedad de quien los empleó para cometer el delito, sin que, además, se den razones que justifiquen su privación con fines de seguridad. Siendo esto así, el decomiso de esos instrumentos debe considerarse una pena y sólo debe proceder en caso de condena del dueño conforme al estándar de prueba penal. ¿Pero puede decirse lo mismo del comiso de ganancias, que consiste en la pérdida de bienes a los que no se tenía ningún derecho? ¿No es más bien un mecanismo de restablecimiento del orden patrimonial legítimo? Aquí se entiende que, al menos en cuanto rija a su respecto el principio de la ganancia *netá*<sup>33</sup>, se trata de lo segundo y que, en consecuencia, no es una pena, no requiere condena y puede someterse a un estándar de prueba menos exigente. Si esto es así, lo mismo debería regir respecto de las ganancias obtenidas por el acusado absuelto por insuficiencia probatoria<sup>34</sup>, cuando, no obstante, se acredita el origen ilícito de las ganancias conforme a ese estándar menos exigente. Es dable pensar que en muchos casos en los que hoy se discute un posible enriquecimiento ilícito se vería satisfecho dicho estándar.

El verdadero problema se da cuando, ni aun con un estándar de prueba menos exigente, se pueda establecer positivamente el origen de las ganancias. En la medida en que será el Estado el que requiera el decomiso, no parece que deba cambiar la carga de la prueba. La pregunta es, de nuevo, si puede bastar para la decisión, que supone que el origen de los bienes sea ilícito, la incertidumbre sobre dicho origen, que es lo mismo que presumir su origen ilícito mientras el afectado no demuestre lo contrario. La cuestión es por cierto menos grave que la que se discute a propósito del delito de enriquecimiento

---

<sup>32</sup> BURCHARD, Christoph. “¿Decomiso como derecho penal o qué? Sobre cómo el mal enfocado debate acerca de la ‘naturaleza jurídica’ del decomiso confunde lo que realmente debe discutirse” (trad. Lewis), en *Latin American Legal Studies*, vol. 4 (2019), pp. 41-74.

<sup>33</sup> Conforme al cual se decomisa lo percibido, pero con deducción de lo que se debió invertir para obtenerlo, en oposición al “principio de la ganancia bruta”, que procede sin esa deducción. Que en Alemania la legislación haya acogido en 1992 este último principio, le quita fuerza a la opinión dominante en ese país en cuanto a que esta forma de decomiso tiene sólo una función restauradora. Sobre esto SALIGER, ob. cit., p. 1004.

<sup>34</sup> Y se podría discutir también su procedencia en casos en que podría haber habido juicio, pero no se acusó por déficit probatorio.

ilícito, porque no se trata de justificar una condena penal, pero las consecuencias concretas pueden ser igualmente severas y deben estar amparadas al menos por garantías generales de derecho público<sup>35</sup>. Más allá de soluciones procedimentales favorecidas por la ausencia de reclamaciones (patrimonios simplemente abandonados)<sup>36</sup>, y en la imposibilidad de un estudio exhaustivo, la prudencia sugiere la respuesta negativa.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO, Teresa. “La Directiva 2014/42/UE sobre embargo y decomiso en la Unión Europea: una solución de compromiso a medio camino”, en *Revista General de Derecho Europeo*, vol. 35 (2015), pp. 1-34.
- BLANCO CORDERO, Isidoro. “El debate en España sobre la necesidad de castigar penalmente el enriquecimiento ilícito de empleados públicos”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 19-16 (2017), pp. 1-35.
- BURCHARD, Christoph. “¿Decomiso como derecho penal o qué? Sobre cómo el mal enfocado debate acerca de la ‘naturaleza jurídica’ del decomiso confunde lo que realmente debe discutirse” (trad. Lewis), en *Latin American Legal Studies*, vol. 4 (2019), pp. 41-74.
- CASSELLA, Stefan D. “Comiso de activos en los Estados Unidos” (trad. Reyes), en *Latin American Legal Studies*, vol. 4 (2019), pp. 1-20.
- DEL CARPIO, Juana. “El delito de ‘enriquecimiento ilícito’: análisis de la normativa internacional”, en *Revista General de Derecho Penal*, vol. 23 (2015), pp. 1-67.
- HERNÁNDEZ, Héctor. “El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el derecho penal chileno”, en *Revista de Derecho de la P. Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXVII (2006), pp. 183-222.
- KOFELE-KALE, Ndiva. “Presumed Guilty: Balancing Competing Rights and Interests in Combating Economic Crimes”, en *The International Lawyer*, vol. 40 (2006), pp. 909-955.
- MANFRONI, Carlos A. *La Convención Interamericana contra la corrupción*, 2ª edición (2001), Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

---

<sup>35</sup> Extensas reflexiones al respecto en TROMME, Mat. “Waging war against corruption in developing countries: How asset recovery can be compliant with the Rule of Law”, en *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 29 (2019), pp. 165-233, pp. 194 y ss.

<sup>36</sup> Algo habitual en la práctica estadounidense, que, como indica CASSELLA, Stefan D. “Comiso de activos en los Estados Unidos” (trad. Reyes), en *Latin American Legal Studies*, vol. 4 (2019), p. 10, da lugar a casos con nombres graciosos.

- MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Manual de derecho penal chileno. Parte especial*, 3ª edición (2019), Valencia: Tirant lo Blanch.
- MEYER, Frank. “‘Reformiert die Rückgewinnungshilfe!’ - Denkanstöße für eine Generalüberholung der Vermögensabschöpfung”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 127 (2015), pp. 241-283.
- MUZILA, Lindy; MORALES, Michelle; MATHIAS, Marianne; BERGER, Tammar. *On the Take. Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption* (2012), Washington D.C.: World Bank.
- OLIVER, Guillermo. “Inconstitucionalidad del nuevo delito de enriquecimiento ilícito”, en RODRÍGUEZ (coord.), *Delito, pena y proceso. Libro Homenaje a la memoria del Profesor Tito Solari Peralta* (2008), Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 463-480.
- RODRÍGUEZ, Luis y OSSANDÓN, María Magdalena. *Delitos contra la función pública*, 22ª edición (2008), Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- RUI, Jon Petter y SIEBER, Ulrich (eds.). *Non-Conviction-Based Confiscation in Europe* (2015), Berlin: Duncker & Humblot.
- SALIGER, Frank. “Grundfragen der Vermögensabschöpfung”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 129 (2017), pp. 995-1034.
- SANCINETTI, Marcelo. *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*, 3ª edición (2014), Buenos Aires: Ad-Hoc.
- TROMME, Mat. “Waging war against corruption in developing countries: How asset recovery can be compliant with the Rule of Law”, en *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 29 (2019), pp. 165-233.
- VERVAELE, John A.E. “Las sanciones de confiscación: ¿Un intruso en el Derecho Penal?” (trad. Lazo López y Moreno Moreno), en *Revista Penal*, N° 2 (1998), pp. 67-80.
- WILSHER, Dan. “Inexplicable wealth and illicit enrichment of public officials: A model draft that respects human rights in corruption cases”, en *Crime, Law and Social Change*, vol. 45 (2006), pp. 27-53.