

**Comisión de Anteproyecto de Código Penal 2013**

**Propuesta de regulación  
Multa y su ejecución  
Comiso de ganancias**

Gonzalo Medina Schulz  
Santiago, Abril 2013

## I. Articulo propuesto

### 1. Multa y su ejecución

**Art. A. Pena de multa.** La pena de multa consiste en la imposición al condenado de una sanción pecuniaria. Salvo que la ley disponga otra cosa, la pena de multa se determina en días-multa. La extensión mínima será de 5 días y la máxima de 365 días. La cuota diaria tendrá un valor mínimo de 0,1 UTM y máximo de 150 UTM.

**Art. B. Unidad tributaria mensual.** La expresión "unidad tributaria mensual" en cualquiera otra disposición de este código, de los de procedimientos y demás leyes penales especiales significa una unidad tributaria mensual vigente a la fecha de comisión del delito, y tratándose de multas, en el valor equivalente que tenga la unidad tributaria mensual al momento de su pago, el que deberá hacerse en pesos.

**Art. C. Determinación de la multa.** El importe del día-multa es equivalente al ingreso promedio diario neto, que el condenado tenga o puede tener y se determina atendiendo exclusivamente a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo.

El tribunal puede recorrer toda la extensión en que la ley le permite imponerla. En casos calificados y considerandos las circunstancias anteriores, el tribunal puede imponer una multa inferior al monto señalado por la ley.

**Art. D. Pago por parcialidades.** Tanto en la sentencia como en su ejecución el tribunal puede, atendidas las circunstancias, autorizar al condenado para pagar las multas por parcialidades, dentro de un límite que no exceda del plazo de dos años. El impago de dos de las parcialidades, consecutiva o alternadamente, hace exigible el total de las restantes.

Si después de dictada la sentencia el condenado cae en situación de insolvencia o empeora su fortuna, el tribunal, excepcionalmente y luego de acreditar fehacientemente la capacidad económica de aquél, puede reducir la magnitud de las cuotas.

**Art. E. Condenado con bienes insuficientes para satisfacer la condena.** Si los bienes del condenado no fueren suficientes para cubrir las responsabilidades pecuniarias, se satisfarán éstas en el orden siguiente:

1° La reparación del daño causado e indemnización de perjuicios;

2° Las costas procesales y personales;

3° El comiso de ganancias

#### 4° Las multas

En caso de quiebra, estos créditos se graduarán separadamente y gozarán de la preferencia que señala el número 1° del artículo 2472 del Código Civil

**Art. F. Destino del producto de las multas.** El producto de las multas, ya sea que se impongan por sentencia o que resulten de un decreto que conmuta alguna pena, ingresará en una cuenta fiscal, especial, contra la cual sólo podrá girar el Ministerio de Justicia, para alguno de los siguientes fines, y en conformidad al reglamento que para tal efecto dictará el Presidente de la República:

1°. Creación, instalación y mantenimiento de establecimientos penitenciarios;

2°. Mantenimiento de los servicios del Patronato Nacional de Reos y de otras instituciones con finalidades similares.

En cuanto a los dineros y valores que caigan en comiso y al producto de la enajenación de las demás especies decomisadas, se estará a lo dispuesto en los códigos de procedimiento y reglamentos pertinentes.

**Art. G. Sustitución de la multa por vía de conversión.** Si el sentenciado no tiene bienes para satisfacer la multa, el tribunal puede imponer por vía de sustitución, la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, contándose un día de jornada de trabajo por cada día de pena.

Para proceder a esta sustitución se requerirá del acuerdo del condenado. En caso contrario, el tribunal impondrá, por vía de sustitución y apremio de la multa, la pena de reclusión, regulándose un día por cada dos cuotas no satisfechas, sin que ella pudiere exceder nunca de seis meses.

No se aplicará la pena sustitutiva señalada en el inciso segundo, cuando de los antecedentes expuestos por el condenado, aparecer la imposibilidad de cumplir la pena.

Queda también exento de este apremio el condenado a reclusión menor en su grado máximo o a otra pena más grave, que deba cumplir efectivamente.

## 2. Comiso de ganancias

### **Título X De las consecuencias del delito**

#### **2. Consecuencias accesorias**

**Art. H. Comiso de ganancias, objeto e instrumentos.** Si se ha cometido un hecho antijurídico y si el autor o partícipe ha obtenido para sí, o para un tercero persona natural o jurídica, algo por el hecho o del hecho, entonces el tribunal dispone su comiso.

El comiso se extiende a los frutos obtenidos y las utilidades que hubieren originado, cualquiera que sea su naturaleza jurídica. Éste puede extenderse a los objetos que el autor o el partícipe han adquirido mediante la enajenación del objeto obtenido, o como compensación por su destrucción, daño o comiso en razón de un derecho obtenido.

El comiso también procede respecto de los objetos y bienes que se han obtenido del delito y aquellos con que se ha preparado o ejecutado el delito.

También procederá el comiso contra terceros, cuando estos hayan proporcionado o adquirido los bienes, con conocimiento de los hechos que fundan el comiso.

El comiso procede en todo caso sobre objetos respecto a los cuales el tribunal determine que existe el peligro de que pueden ser utilizados para la comisión otro delito.

**Art. I. Comiso del valor equivalente.** En tanto no sea posible por cualquier circunstancia el comiso de los bienes indicados en los artículos precedentes o si se prescinde de un comiso de objeto compensatorio de acuerdo al inciso segundo del artículo H, el tribunal dispondrá el comiso de una suma de dinero o cantidad de bienes que corresponda al valor de lo obtenido. El tribunal dispondrá lo anterior junto al comiso de un objeto, en la medida que el valor permanezca por debajo de lo obtenido en primer lugar.

**Art. J. Proporcionalidad del comiso.** El tribunal no decretará el comiso en la medida que suponga para el afectado una medida desproporcionada. El tribunal puede prescindir del comiso si el objeto es de un valor insignificante.

Para pago por parcialidades, se estará a lo dispuesto en el artículo D de este Código.

Sin perjuicio de lo anterior, se dispondrá siempre el comiso en el caso de los objetos del inciso final del artículo H.

**Art. K. Efecto del comiso.** Si se impone el comiso de un objeto se transfiere la propiedad sobre la cosa o se transfiere el derecho

decomisado al Estado, una vez ejecutoriada la sentencia, siempre que a ese tiempo ellos hayan correspondido al afectado por la imposición de comiso. Los derechos de terceros sobre el objeto o bienes no se ven afectados por ello.

Antes de encontrarse ejecutoriada la sentencia, una vez decretado el comiso, éste tiene el efecto de una prohibición de enajenar en el sentido del artículo 1464 N° 3 del Código Civil; la prohibición abarca también otras disposiciones como enajenaciones.

**Art. L. Tercerías y derechos de la víctima.** Lo regulado en los artículos precedentes se entiende sin perjuicio de los derechos que terceros puedan hacer valer sobre los bienes decomisados. Si la víctima del delito tuviese una pretensión reclamable cuya realización se ve impedida por el comiso, será entonces titular de un derecho de crédito por monto equivalente contra el Estado.

**Art. M. Comiso independiente.** El tribunal decretará el comiso cuando no se pueda perseguir o condenar a una persona determinada por el delito, cuando concurran los demás presupuestos de la figura.

Asimismo, procede cuando no se haya impuesto una pena, conforme a uno de los mecanismos que el Código Procesal penal contempla.

### 3. Adecuación del Código Procesal Penal

**Art. N. Determinación del comiso en la sentencia.** En caso de no poder arribarse con precisión a la determinación del comiso, tanto la medida de lo obtenido y de su valor, así como la cuantía del derecho reclamable cuya realización privaría al autor o al partícipe de lo obtenido del hecho, pueden ser evaluados, sujetándose a estos efectos la valoración de la prueba a las reglas dispuestas en el Código Procesal penal para las acciones civiles derivadas de un delito.

## II. Fundamentación general

Se abordan en la presente propuesta regulativa, dos materias diferentes. La multa y su ejecución y el comiso de ganancias, las que se tratarán separadamente en esta fundamentación general.

### 1. La regulación de la multa

La pena pecuniaria por excelencia en los sistemas penales esta constituida por la multa. Esta opera, en numerosos casos como forma de sustituir las penas privativas de libertad de corta duración, contribuyendo de esa forma a una racionalización del empleo de la herramienta penal.

En primero término, la pena de multa esta estructurada sobre la base de una cierta comprensión de la forma de establecer las penas en la parte especial. Esta estructura, la del sistema penal alemán, dispone que en cada uno de las disposiciones de la parte especial se determina si se impone o no pena de multa, junto a la pena privativa de libertad. De esa forma, el precepto penal correspondiente deberá establecer respecto a la pena que: “... *será penado con pena privativa de libertad de x a x años y pena de multa*”

Dado lo anterior, se establece un margen amplio de determinación judicial de la pena, el cual conlleva tener que establecer ciertos criterios de proporcionalidad. En la propuesta que aquí se formula, se opta por el sistema de días multas, procedente de los sistemas escandinavos de justicia penal, pero que cuenta hoy con una amplia recepción en diversos ordenamientos penales comparados.

De acuerdo a este sistema, para los delitos en la parte especial la pena de multa no se establece en sumas determinadas de UTM con un mínimo y máximo de entidad, sino en días-multa, que operan como un multiplicador de una determinada suma.

De este modo, se modela una cierta correspondencia entre pena de multa y pena privativa de libertad, dado que la determinación de la pena de multa se realiza en dos etapas. En primer término, el tribunal fija dentro de los límites establecidos para el respectivo delito, la extensión en que se impone la multa, como si se tratara de una pena privativa de libertad y en un segunda fase, una vez fijada la extensión, el tribunal determina la cuantía de cada día-multa, considerando el mínimo y máximo establecido por la ley.

En esta segunda etapa entran en consideración las cuestiones relativas a la capacidad económica del condenado. Por medio de este procedimiento, configurado por la multiplicación del número de días por el importe determinado se establece la cuantía de la pena de multa para cada caso.

Con todo, la propuesta se aparta significativamente de la actual regulación del Código Penal, así como de la regulación propuesta en el Proyecto de Código Penal de 2005, ambas

sin previsión del sistema de días-multa.

Tal sistema tiene como finalidad acrecentar la transparencia de los criterios para la imposición y determinación de la pena de multa, ya que al dividir el proceso de establecimiento en dos etapas, da cuenta del reproche asociados a la gravedad del injusto y aquél referido a las condiciones económicas del condenado.

Del mismo modo, permite establecer proporcionalidad entre la pena impuesta y la real situación económica del afectado, acercando la conmensuración de la pena de multa a la pena privativa de libertad, prescindiendo de las distorsiones vinculadas a sumas fijas introducen, como consecuencia de la dispar situación económica de los condenados.

Éste problema de la desigualdad de los destinatarios de la sanción, junto a la formulación de una forma de hacerse cargo de los casos de impago de la multa, constituyen los ejes esenciales de la propuesta, ya que el sistema de días-multa permite de mejor manera la convertibilidad de la sanción a penas temporales, sea por tiempo de trabajo comunitario o privación de libertad.

De igual manera, satisface mejor una pretensión de igualdad, pues en la segunda fase de determinación dan cuenta de las condiciones económicas del sancionado, con lo cual se puede igualar la carga de pérdida de libertad de acción por medio de la privación de recursos económicos, de manera proporcional para distintos sujetos. Con todo, no puede dejar de reconocerse aquí que esta igual es sólo aparente, pues el costo marginal del pago de la multa para un sujeto de altos ingresos puede incidir únicamente en recursos que no sean necesarios para subsistencia, a diferencia de un condenado de bajos ingresos.

Asimismo, por esta vía se reduce la posibilidad de incumplimiento de la pena pecuniaria, dado que al considerarse las reales condiciones económicas del afectado, es más probable que se encuentre en condiciones de cumplir con la condena.

El modelo de regulación propuesto ha tenido especialmente en consideración la actual regulación española y alemana en cuanto a la introducción del sistema de días-multa, así como diversas disposiciones presentes en el Anteproyecto 2005. Éstas últimas se refieren esencialmente a la ejecución y destino de la pena de multa, en la cual parecen adecuadas las modificaciones planteadas por esa propuesta.

Por último, en cuanto al problema de la sustitución de la sanción se ha seguido la regulación actualmente vigente, en una línea diferente a algunos modelos de regulación del Derecho comparado que siguen manteniendo la sustitución por privación de libertad.

## 2. El comiso de ganancias

Una primera cuestión es de alcance del encargo de la comisión, pues éste se refiere únicamente al comiso de ganancias y no genéricamente al comiso, que abarque también instrumentos del delito. Sin perjuicio de ello, la presente propuesta abarca también el comiso de objeto del delito.

Una regulación diferenciada de los supuestos de comiso que tiene por objeto a las ganancias provenientes del delito (*scelere quaesita*) respecto del tratamiento de los instrumentos del delito (*instrumenta scelera*) o de los objetos producidos por el delito (*producta scelera*), no parece adecuada y por ello en el artículo que establece las bases de procedencia de la medida se abarcan tanto las ganancias, así como los objetos e instrumentos del delito, con una formulación amplia.

Adicionalmente, ha de tenerse en consideración que la regulación de la inutilización de objetos peligrosos en si mismos no se aborda en esta propuesta como una medida penal, sino que se asume como adecuada la regulación dispuesta en el inciso 2º del artículo 469 del Código Procesal Penal, que entrega al administrador del tribunal el deber de destruir, cuando así lo determine el tribunal respecto a las cosas decomisadas, sin perjuicio de disponer respecto de esta clase de objetos, su comiso en todo caso, con independencia de los derechos de terceros.

En cuanto a la ubicación sistemática, se sigue aquí al modelo español, que las ubica como consecuencias accesorias, aunque resulta, al igual que en la literatura extranjera, altamente discutible el carácter sancionatorio del comiso de ganancias, especialmente en el caso alemán desde la modificación de la regulación que prescinde de las “ventajas patrimoniales” como objeto, para simplificarlo y ampliarlo a solamente “algo” obtenido como ganancia, adhiriendo en ese sentido al principio de las ganancias brutas y no las netas.

Dado que la regulación aquí propuesta prescinde tanto de la culpabilidad del sujeto, así como del principio de personalidad, dado que es posible bajo ciertas condiciones el comiso de objetos poder de terceros, se estima que no es apropiado su clasificación entre las penas, sino más que pertenece a una categoría distinta, cuya precisión debe ser tarea de la doctrina y jurisprudencia. Por ello se les califica sin más en un apartado sistemático de “consecuencias accesorias”

El comiso de ganancias es una institución hasta ahora relativamente extraordinaria en nuestro ordenamiento jurídico, encontrándose sólo en materia de tráfico de estupefacientes (art. 45 de la ley 20.000), en el lavado de activos (por remisión a la ley de estupefacientes) y en el art. 13 de la ley 20.393 sobre responsabilidad penal de las personas jurídica.

En cuanto al texto vigente del Código Penal en materia de comiso, su redacción da origen a dudas sobre el alcance del término “efectos del delito”, respecto a si éste abarca también los frutos del delito. Este problema se mantiene en el proyecto 2005 de Código Penal, el cual no aborda la cuestión del alcance del término “efectos”, perviviendo de ese modo la duda sobre el alcance de la figura en nuestro Derecho.



Aún quienes sostienen esta postura, no se hacen mayormente cargo de señalar los límites a que tal comprensión debiese estar sujeta. Por ello, resulta conveniente establecer una regulación que no sólo clarifique la existencia de este instituto penal, sino que también se haga cargo de los problemas vinculados.

Entre los modelos comparados, se han revisado el alemán, el español, el austríaco, el suizo y el francés, éste último recientemente modificado en el año 2012 precisamente para incorporar el comiso de ganancias. Con todo se ha preferido la regulación alemana, sin tomar en todo caso en forma íntegra los párrafos del StGB y adaptando algunas soluciones a cuestiones propias del ordenamiento doméstico, así como la terminología jurídica usual en la legislación nacional.

El modelo español se desecha en múltiples aspectos, por presentar numerosos problemas en su estructura, así como falta de claridad en el tratamiento del precio pagado por el delito y el comiso de ganancias obtenido con la inversión de ganancias ilícitas, además de carecer dicho sistema de la regulación expresa de una serie de circunstancias relevantes en la materia.

De igual forma, sin dejar de prestar atención a las regulaciones comparadas, la estructura de las restantes disposiciones se guía esencialmente por el modelo alemán, sin perjuicio de algunas correcciones en sus alcances, las que serán debidamente explicitadas en la fundamentación particular de las normas y la preferencia por una regulación única para el comiso de objetos y de ganancias, de forma similar al modelo español.

En este sentido, una regulación apropiada del comiso debe hacerse cargo de los problemas de transferencia o pérdida de los bienes, para lo cual existen reglas sobre bienes sustitutos y comiso del valor equivalente.

Dado que el modelo adoptado es amplio en cuanto a los alcances del comiso de ganancias, como así también lo es el modelo tomado como principal referencia, es que de igual forma se toman en consideración las disposiciones pertinentes que permiten mitigar los efectos gravosos que puede tener sobre el afectado, así como también se persigue dotar al tribunal de herramientas que le permitan sortear las dificultades prácticas de aplicación de la institución, por medio de la norma de avalúo, que se sugiere como precedente para efectos de la determinación del comiso en la sentencia.

Expresamente se ha dejado fuera la norma de comiso ampliado, existente tanto en el Derecho alemán como en el austríaco, por compartir las críticas de constitucionalidad formuladas con respecto a esas disposiciones.

Finalmente, se disponen algunas normas adecuatorias de la regulación procesal penal, que tienen por finalidad establecer un estándar de la decisión judicial más tenue en el caso del comiso que respecto a aquel requerido para la convicción de responsabilidad y una disposición que hace referencia a la manera de hacer valer el crédito que surge para el tercero contra el Estado como consecuencia del comiso.

### III. Fundamentación particular

#### 1. La regulación de la multa

- **El artículo A** establece la definición de la pena y sus principales características, estableciendo como regla general el sistema de días-multa, pero considerando que es posible que la legislación extraordinaria se establezcan otros métodos de cálculo de la pena. En esa misma disposición, se regulan los dos elementos esenciales del cálculo de la pena: la extensión en días y los límites mínimo y máximo de la cuantía. Al efecto, como se indicará a continuación, se mantiene la Unidad Tributaria Mensual como medida de entidad.

En cuanto a la extensión en días, se sigue la regulación alemana, que la extiende entre cinco días, modificándose el máximo a un año completo regular. En cuanto a la fijación del monto diario del día-multa, este varía entre la suma de 0.1 UTM y 150 UTM, considerándose al efecto el valor aproximado del sueldo mínimo mensual para el mínimo, teniendo a la vista la posibilidad de rebaja judicial en casos en que se requiera y estableciéndose un monto considerablemente alto. Este margen de determinación judicial requiere para una aplicación razonable, que el tribunal fundamente de manera adecuada conforme a los criterios aquí expuestos.

Del mismo modo, sin prejuzgar en esta propuesta, es labor de la elaboración de la parte especial el determinar cuales figuras penales serán objeto de pena de multa, sea de manera copulativa, alternativa a la pena privativa de libertad, o bien como pena única.

No se ha incluido aquí una regla de exasperación del marco de la multa, la cual es susceptible de debatirse en supuestos de concurso, cuestión que en parte dependen de la regulación que en esa materia se decida.

- **El artículo B** define la Unidad Tributaria Mensual a efectos del cálculo de la pena. Se toma la redacción del Anteproyecto 2005, por parecer más nítida que la actualmente vigente en el Código Penal. La mantención de la referencia a la Unidad Tributaria Mensual tiene por objeto no obligar a una revisión absoluta de toda la normativa penal extraordinaria, así como facilitar el desarrollo de sistemas alternativos a los días-multa con una unidad de entidad común.

- **El artículo C** de la propuesta se refiere a la forma de determinación de la multa. El principio básico al cual debe atender el juez, es que este debe consistir en el ingreso promedio diario del condenado. En modo similar a la regulación alemana, se opta aquí por el sistema de ingreso promedio diario neto por sobre el bruto. Las razones para lo anterior están vinculadas a determinar una obligatoria consideración de las obligaciones previsionales de los afectados, considerando el actual régimen de obligatoriedad de las cotizaciones.

Con todo, se puede esgrimir en contra que el mínimo determinado supera la barrera del treintavo del ingreso mensual neto, pero aquí debe tenerse en consideración que existe la

posibilidad para el tribunal de bajar del límite señalado.

Sin perjuicio de lo anterior, de la misma manera que el modelo alemán, el criterio del ingreso neto promedio diario no es el único que el tribunal ha de tener en consideración, sino que se entregan una serie de otras consideraciones económicas que han de examinarse antes de fijar el monto de la pena. Estas consideraciones deberían jugar un rol más preponderante en la medida en la imposición de la pena tienda a acercarse a los límites de subsistencia del condenado. Se toman aquí ciertos conceptos de la regulación española, como de obligaciones y cargas familiares, que si bien están ausentes de la normativa alemana, han sido reclamados por la literatura de esa esfera jurídica.

Del mismo modo, la consideración de esos criterios debería poder compensar en cierta medida los efectos que sobre terceros que se ven afectados por la disminución de capacidad patrimonial del condenado, así como diversas condiciones de precariedad del trabajo en nuestro país, tales como los trabajos de temporada.

En el mismo sentido, dichas circunstancias debiesen permitir extender hacia arriba el monto de la pena de multa sobre el ingreso neto promedio diario, si circunstancias extraordinarias patrimoniales justifican tal incremento, en la medida que dichos bienes puedan de modo relativamente sencillo ingreso neto.

El desarrollo de los criterios particulares debe quedar razonablemente entregado a la labor de la dogmática y la jurisprudencia y por ello se prescinde de un intento de tratamiento más detallado de los factores.

- **El artículo D** se refiere al pago por parcialidades de la pena de multa. Se recoge aquí la tendencia mixta que se encuentra en el Código Penal español que proviene del proyecto alternativo alemán, que reconoce que el pago de la multa puede realizarse entero o fraccionado. De esa manera, se deja flexibilidad al tribunal para determinar en la sentencia o durante la ejecución de la misma el pago por parcialidades.

Esta modalidad, conocida como pena de multa escalonada, permite al tribunal dotar a la pena de días multa de una forma de ejecución que se aplica al condenado por medio de la fijación de un lapso durante el cual sus condiciones de capacidad económica se ven reducidas por la sanción.

En la misma disposición se regulan las consecuencias del incumplimiento del pago bajo la modalidad de cuotas, estableciéndose que si se verifica el impago de dos cuotas, de forma consecutiva o alternada, se desencadena el vencimiento total de la suma adeudada, diferenciándose en este sentido del Anteproyecto 2005 y recogiendo la normativa española en el punto.

En cuanto a la sobreviniente insolvencia o empeoramiento de la situación económica, la propuesta recoge esencialmente lo establecido en el Anteproyecto 2005, sin perjuicio de que no sólo se contempla la disminución de las cuotas, de modo similar a la regulación española actualmente vigente, sin modificación de las cuotas, a fin de no alterar la estructura de sustitución de la multa por vía de conversión, contemplada en el artículo G de

la propuesta.

- **El artículo E** trata del caso del condenado con bienes insuficientes para satisfacer la condena de multa. En este contexto, se sigue el orden de prelación de pago establecido en el Anteproyecto 2005, que altera respecto de la normativa vigente, en cuanto al destino preferente de los bienes del condenado, colocando en primer lugar la reparación del daño e indemnización de perjuicio, punto que ha sido tradicionalmente objeto de crítica por la literatura nacional, al distanciarse del modelo establecido originalmente en Código Penal español de 1848, del que esta tomada la actual disposición vigente. La única diferencia la constituye la inclusión del comiso de ganancias en el tercero orden de prelación.

Asimismo, se adopta la regulación del Anteproyecto 2005 en orden a remitir a la normativa del Código Civil en cuanto a la preferencia de que gozan estas pretensiones respecto del patrimonio del condenado.

- **El artículo F** regula el destino del producto de las multas. Nuevamente se adopta aquí la regulación contenida en el Anteproyecto 2005, que modifica respecto de la normativa actualmente vigente, cuál es el destino de las multas.

Se elimina en consecuencia la referencia a la creación, instalación y mantenimiento de tribunales y el desarrollo de servicios judiciales. Debe para ello tenerse en consideración lo dispuesto actualmente en el artículo 469 del Código Procesal Penal las especies y valores decomisados se destinan a la Corporación Administrativa del Poder Judicial. El término “valores” se agrega a la redacción, con el fin de considerar tanto la regulación del Código Procesal Penal, así como la incorporación del comiso de ganancias.

- **Por último, el artículo G** recoge esencialmente el modelo de resolución del problema del incumplimiento adoptado conforme a la ley 20.587 de mayo de 2012, adaptando en lo pertinente la disposición a las particularidades del sistema de días multa.

Así se mantiene la preferencia por la sustitución por trabajos en beneficio de la comunidad, frente al arresto como medida de apremio, cuestión en sintonía con la actual tendencia de disminución del impacto de la privación de libertad como respuesta del sistema penal.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la información estadística sobre el impacto de la regulación es deficiente, pero al menos da alguna luces respecto a la forma de operar de la modalidad de sustitución de la multa por privación de libertad, resultando esencialmente en encierros de cortísima duración, lo que habla más a favor del modelo actual de sustitución por trabajos en beneficio de la comunidad.

## 2. El comiso de ganancias

- **La primera regla Art. H** establece los supuestos generales del comiso de ganancias y de objetos. En primer lugar, la dependencia de su procedencia de un hecho típico y antijurídico, sin exigencia de la plena punibilidad del hecho, cuestión recogida también por la legislación española, por medio de una cláusula especial respecto de personas exentas de responsabilidad o cuya responsabilidad se haya extinguido, con la exigencia de existencia de una situación patrimonial ilícita. Por simpleza de la fórmula alemana se ha preferido ésta.

Asimismo, se emplean las locuciones alemanas referidas a objetos obtenidos del hecho o por el hecho, que resuelven la discusión referida a si el comiso alcanza el precio pagado por la comisión del delito, cubriendo no solo las cuestiones referidas directamente por el hecho, tal como la cosa sustraída, sino también todo aquello obtenido, de ahí la utilización del vocablo “algo”, destinado a dar amplitud al comiso.

La regla propuesta extiende el comiso a objetos en manos de terceros no partícipes en el hecho penal, cuando el autor ha actuado por otro. Si bien la redacción de la norma alemana no especifica la calidad de otro, la propuesta opta por especificar que se puede tratar de personas naturales o jurídicas.

El inciso segundo regula expresamente el comiso de frutos y bienes sustitutos. En otras regulaciones, como la española, se utiliza la expresión “transformaciones” lo que ha llevado a una parte de la doctrina a excluir expresamente los frutos obtenidos.

En el caso de la propuesta se sigue en parte la regulación alemana que expresamente se refiere esto, incorporándose complementariamente la expresión “utilidades” para dar lugar a toda clase de enriquecimiento proveniente del hecho delictivo.

Adicionalmente se toma también de la regulación alemana la incorporación de bienes sustitutos, considerando facultativa la aplicación de esta forma de comiso, en caso que el comiso fuese de difícil logro o bien que el objeto fuere de escasa entidad.

Se incorporan a continuación los objetos o bienes que se originan directamente en el delito, tales como la el dinero pagado en el cohecho o los instrumentos proporcionados para la comisión del hecho, como alcance adicional de la medida.

A continuación se regula la regla sobre derechos de terceros, que establece la improcedencia del comiso en los casos en que éstos serían afectados aún actuando sin conocimiento. El objeto de la disposición es la protección del tercero de buena fe cuyos bienes o valores se ven involucrados de alguna manera en la comisión del hecho ilícito.

La propuesta, tomada también de la regla alemana, prescinde de la exigencia de buena fe por parte del adquirente, dado que la remisión al concepto civil puede resultar más confuso que la referencia directa al conocimiento por parte del autor.

Por último, se regula el caso de objetos peligrosos, respecto a los cuales la exclusión de terceros que actúan sin conocimiento resulta irrelevante, dada la naturaleza peligrosa del objeto.

- **El artículo I** de la propuesta se refiere al comiso de valores equivalentes. La disposición tiene por función complementaria de lo dispuesto en el artículo H, en la medida que persigue llenar posibles vacíos del comiso, en casos de imposibilidad del mismo. La disposición opera bajo los mismos presupuestos del artículo H.

A diferencia de la disposición alemana, se ha preferido en principio la fórmula más amplia de cualquier circunstancia que impida el comiso, junto con la mención a la facultad sobre objeto sustitutivo y se ha expresado no sólo que esta puede recaer en sumas de dinero, sino que se prefiere la expresión más genérica de suma de dinero o cantidad de bienes que corresponda al valor de lo obtenido.

La regla de la segunda oración, permite dar cuenta de los casos en los cuales entre la adquisición del objeto y la efectiva determinación del comiso, el objeto aún en poder del afectado ha sufrido una pérdida de valor patrimonial, restringiendo el alcance del comiso.

- **El artículo J** recoge la idea de una cláusula de proporcionalidad, tal como existe en el modelo alemán, el suizo (cláusula de rigurosidad) y el español (proporción con la gravedad y naturaleza de la infracción) y da lugar a la prohibición de exceso de la medida.

Una cláusula de esta naturaleza está destinada a mitigar los efectos excesivos que podría tener el comiso en un afectado, considerando especialmente que el principio que rige el comiso en la propuesta es aquel del patrimonio bruto, sin considerar como objeto del mismo las meras ganancias, principio del patrimonio neto.

Con todo, la regulación recoge de modo facultativo la posibilidad de no decretar el comiso, en aquellos casos en que el objeto tiene un escaso valor, para recoger a la inversa la proporcionalidad, establecido la posibilidad de prescindir de la medida, en los casos de bagatela.

El inciso segundo del artículo propuesto remite a la regulación en materia de multa para regular la posibilidad de disponer el pago por parcialidades del comiso.

Por último, se establece como excepción a la regla de proporcionalidad, los objetos que puedan ser utilizados en la comisión de delitos futuros, dada la naturaleza peligrosa de los mismos.

- **El artículo K** se refiere a los efectos del comiso decretado en la sentencia, tanto una vez ejecutoriada la misma, como pendientes los recursos contra ella. La regla está igualmente tomada del Derecho alemán, con las adaptaciones normativas pertinentes a la legislación doméstica.

El primer inciso establece el principio general que dota a la sentencia ejecutoriada del carácter de título de adquisición para el Estado de los bienes o derechos. La restricción viene dada porque los bienes o derechos correspondan, al tiempo de decretar el comiso, a los afectados, sean estos los autores o partícipes del hecho, o aquellos terceros respecto de los cuales eventualmente proceda el comiso según las reglas precedentes.

El inciso segundo la norma propuesta establece un principio de salvaguarda del comiso, en razón de no estar aún ejecutoriada la sentencia, disponiendo en este caso una prohibición de enajenar asimilable al embargo, sobre los bienes o derechos objetos de la medida.

- La propuesta del **artículo L** se refiere a los derechos de terceros, estableciendo una regla general de salvaguarda de los derechos de terceros, que puede hacer valer por medio de tercerías. En particular, se regula la situación de la víctima que tiene una pretensión compensatoria en el caso que ésta se ve frustrada por el comiso.

Frente a esta situación existen dos posibles soluciones, por un lado restringir el comiso apartando del mismo los objetos o bienes susceptibles de reclamación, o bien dar lugar al comiso sin perjuicio del reconocimiento de un crédito a favor del afectado frente al Estado. Se ha optado por esta última fórmula, a fin de dar efectividad al comiso. Sin perjuicio de ello, esto requiere de un tratamiento procesal expedito para dar efectiva tutela a los derechos de la víctima.

- Por último, el **artículo M** se refiere al comiso independiente, el cual procede como medida aún en los casos en que no se pueda hacer efectiva responsabilidad penal respecto a persona determinada. Esto resulta coherente con el principio establecido en el artículo H que dispone la procedencia del comiso frente a hechos típicos y antijurídicos, sin exigencia de culpabilidad por parte del sujeto.

Asimismo, cumple una función de llenado de posibles vacíos frente a otras situaciones en las cuales la persecución penal se ve frustrada, tales como la prescripción de la responsabilidad o la aplicación de una salida alternativa.

Las propuestas finales están vinculadas a cuestiones procesales. Así, el **artículo N** de la propuesta adopta la regulación alemana para el caso de dificultad de arribar con precisión a la determinación del valor de las ganancias obtenidas. A efectos de mayor claridad, se explicita en la propuesta que la procedencia del avalúo sólo procede en caso de no poder arribarse a una determinación precisa de los valores.

Otras regulaciones, como la austríaca, simplemente dan la posibilidad de prescindir del comiso en caso de que signifique su valuación una carga excesiva para el tribunal. La regla alemana, similar a la del sistema suizo, permite liberar al tribunal de la carga excesiva, sin por ello prescindir definitivamente de la aplicación de la institución.

La propuesta es menos vaga que la disposición pertinente alemana, en cuanto explicita que se trata de la determinación en la sentencia y establece como estándar probatorio la libre valoración conforme a las reglas para las acciones civiles, prescindiendo de la excesiva exigencia de convicción más allá de toda duda razonable.