

Las medidas cautelares reales en sede preliminar: la incautación

César San Martín Castro

Profesor de derecho procesal penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1 A modo de introducción.

Nuestro ordenamiento procesal penal, en su lógica enteramente formalista, configura dentro del procedimiento general de investigación un momento o fase pre-procesal a cargo, mayormente, de la policía aunque con intervención del Ministerio Público⁽¹⁾. Señala al respecto la Ley Orgánica del Ministerio Público (LOMP)⁽²⁾ que si el hecho delictivo es denunciado directamente en su Despacho puede abrir investigación policial para reunir la prueba indispensable; de igual manera, la Ley de Bases de las Fuerzas Policiales⁽³⁾ autoriza a la Policía Nacional⁽⁴⁾ a recibir denuncias y a realizar investigaciones una vez sucedidos los delitos. Esto es lo que se denomina “prevención policial”.

Según el artículo 10 de dicha ley de bases son funciones básicas de la Policía Nacional, entre otras: a) prevenir, investigar y denunciar la comisión de delitos y faltas; b) detener al autor o autores de los delitos flagrantes y ponerlos de inmediato a disposición del órgano competente; y, c) prestar apoyo técnico a dependencias autorizadas y realizar peritajes criminalísticos. Las leyes orgánicas de la Policía de Investigaciones y de la Guardia Civil, que en aquella época -antes de la unificación- realizaban investigaciones y elaboraban atestados⁽⁵⁾, reconocían

como atribuciones: a) citar y/o detener a las personas, de conformidad con la Constitución, la Ley y reglamentos respectivos; b) obtener indicios y evidencias; y c) practicar registros de domicilios de personas, vehículos, naves, aeronaves y objetos, con autorización de la autoridad competente.

Lo expuesto obliga a considerar a la Policía Judicial como una clase de personal auxiliar de los órganos jurídicos del sistema de justicia penal, que -dice **Gómez Colomer**- “(...) tiene por objeto averiguar los delitos públicos que se cometan en su territorio o demarcación, practicar las diligencias necesarias para comprobarlos, descubrir a los delincuentes, recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito, (...) , y entregarlos a la autoridad (...)”⁽⁶⁾.

En esa misma dirección, artículo 59 del Código de Procedimientos Penales de 1940 (CPP), señala que la Policía Judicial “(...) tiene la función de auxiliar a la administración de justicia, investigando los delitos y las faltas y descubriendo a los responsables, para ponerlos a disposición de los jueces, con los elementos de prueba y **efectos de que se hubiese incautado**”. El contenido de esos actos de averiguación no tiene en nuestra legislación límites precisos, como sería concebirllos conforme al artículo 246 del CPP, Modelo para Iberoamérica exclusivamente “(...) para reunir o asegurar con urgencia los elementos de convicción y

(1) Artículo 159, inciso 4 de la Constitución Política del Perú y artículo 9 de la Ley Orgánica del Ministerio Público (LOMP).

(2) Artículo 94, inciso 2 del Decreto Legislativo No.52 de 1981.

(3) Decreto Legislativo No.371 del mes de febrero de 1986.

(4) Título adquirido con la Ley No.24949 de reforma constitucional, ratificado por la nueva Constitución de 1993, artículo 166.

(5) Artículo 4 de los Decretos Legislativos Nos 374 y 372.

(6) GOMEZ COLOMER. *Estado de Derecho y Policía Judicial Democrática*. 1999. p. 98.

evitar la fuga u ocultación de los sospechosos”.

Según lo dispuesto en el artículo 60, corresponde a la Policía Judicial elaborar un atestado policial donde debe figurar “(...) todos los datos que hubiesen recogido, indicando especialmente las características físicas de los inculpados presentes o ausentes, apodo, ocupación, domicilio real, antecedentes y otros necesarios para la identificación, así como cuidarán de anexar las pericias que hubieren practicado”. Este documento, conforme al artículo 61 del CPP, es autorizado por el policía que dirigió la investigación y suscrito por todos aquellas personas que hubieran intervenido en las diversas diligencias llevadas a cabo.

El atestado policial es pues, en palabras de **Gómez Colomer**, “(...) el documento que contiene la investigación -entendida como conjunto y no como unidad- realizada por la Policía Judicial respecto a un hecho aparentemente criminal, sea de la naturaleza que sea⁽⁷⁾”; y, como tal, cumple la función de ser acto de iniciación del proceso penal (nosotros diríamos, según nuestro Derecho, acto que sustenta la decisión fiscal de promoción de la acción penal o de la denuncia formalizada del Ministerio Público).

Sobre el conjunto de las actuaciones de prevención policial, señala el artículo 94, inciso 2, párrafo II de la LOMP, y en tanto “(...) se hubiese reunido la prueba que estimase suficiente (...)”, el fiscal provincial como titular de la acción penal⁽⁸⁾ procederá a formalizar denuncia al juez instructor -hoy juez penal según la Ley Orgánica del Poder Judicial-, el mismo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 77 del CPP, modificado por la Ley No.24388, del 3 de diciembre de 1985, iniciará el proceso penal dictando el auto de apertura de instrucción “(...) si considera que el hecho denunciado constituye delito, que se ha individualizado a su presunto autor y que la acción penal no ha prescrito”. La indicada resolución de imputación inicia, como ya se anotó, el verdadero proceso penal con la etapa de instrucción judicial, la cual es indispensable y sin la cual no puede haber acusación, juicio oral y sentencia.

Como se sabe, la investigación o instrucción en su

conjunto, incluyendo por cierto a la prevención policial, que sustenta la denuncia formalizada del Ministerio Público, está constituida, siguiendo parcialmente al profesor **Asencio Mellado**, por: a) actos de investigación tendentes a averiguar y hacer constar el delito con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, así como la culpabilidad de los imputados; b) actos de aseguramiento de las personas y de las responsabilidades jurídico económicas del delito; y c) diligencias de búsqueda y conservación de futuras fuentes de prueba⁽⁹⁾.

La intervención policial, de oficio o por comisión del fiscal, aunque siempre intervenida jurídicamente, y que las leyes reconocen -dice **Moreno Catena**- como un instrumento necesario para el desarrollo de la actividad judicial⁽¹⁰⁾, debe tener poder coercitivo sobre personas y sobre cosas en general. En tal sentido, debe estar facultada para detener personas, cursar citaciones, materializar conducciones compulsivas para garantizar las fuentes de información indispensables para el debido esclarecimiento de los hechos y, asimismo, aprehender u ocupar bienes o cosas, incautarlas o secuestrarlas provisionalmente. Todo ello, claro está, dentro de los rigurosos límites que informa la ley y, sobre todo, del principio de proporcionalidad en tanto ello importe la restricción de derechos fundamentales. La actividad represiva de la Policía Judicial, recuerda **Velez Mariconde**, es estrictamente jurídica, en cuanto está reglada por normas rígidas del derecho positivo, que excluyen la posibilidad de que tengan poderes discrecionales los funcionarios que las cumplen⁽¹¹⁾.

En atención a lo expuesto, resulta imprescindible ocuparnos en esta ponencia, de modo muy sucinto por cierto, de los poderes coercitivos reales de la policía cuando actúa en función de policía judicial en los marcos de una investigación preliminar o prevención policial, tanto más si una de las características más evidentes en los últimos años ha sido su indudable mayor protagonismo, lo que parece confirmar, en palabras de **Silva Sánchez**, la tendencia a una política

(7) Ibid.; pp. 105 y 107.

(8) Artículo 11 de la LOMP.

(9) MELLADO, Asencio. *Derecho Procesal Penal*. p.110.

(10) MORENO CATENA. *El nuevo proceso penal*. 1989. p.50.

(11) VELEZ MARICONDE. *Derecho procesal penal*. Tomo I. 1986. p.261.

criminal maximizadora, efectista, ineficaz y tendencialmente antigarantista⁽¹²⁾, montada sobre la base de una verdadera demanda social de más protección⁽¹³⁾. Limitaré el análisis en el secuestro o incautación de bienes, aspecto que a menudo ha sido muy descuidado y que ha permitido una práctica policial sin cobertura constitucional y legal con serias afectaciones al imputado y a terceros.

2 La consecuencia accesoria del decomiso.

Como punto central, y necesariamente previo al estudio de la incautación propiamente dicha, resulta vital entender los alcances del decomiso, desde que el secuestro o incautación cautelar de bienes, en tanto medida cautelar real, tiende a asegurar la efectividad de dicha medida penal. Las medidas cautelares son **instrumentales** -vinculada a la sanción que habrá de imponerse en la condena- y uno de sus efectos es la **homogeneidad**, cuyo contenido, como recalca **Ortells Ramos**, incide en el mismo bien jurídico que puede resultar afectado por la sentencia⁽¹⁴⁾.

El Código Penal de 1924, dentro del título IV del libro I, denominado “Penas, medidas de seguridad y otras medidas”, en el artículo 46 incorporó la confiscación señalando al efecto que: “Toda condena penal llevará consigo la pérdida de los efectos que provengan del delito y de los instrumentos con que se ejecutó. **Los unos y los otros serán confiscados**, a no ser que pertenecieran a un tercero no responsable. Cuando se trate de cosas cuyo destino propio es servir de instrumento de delito o cuya fabricación, porte, uso o venta sean ilícitos, se ordenará siempre su **confiscación**, aún cuando no pertenezcan al acusado”.

La doctrina desarrollada al amparo de dicho Código estimó que se trataba de una **medida de seguridad patrimonial**⁽¹⁵⁾. Perseguía, según **Bramont Arias**, quitarle al delincuente o a otra persona la

disponibilidad de cosas que tienen relación con el delito; y, tenían como propósito, en palabras de **Peña Cabrera**, además de preventiva de infracciones, eliminar cosas o instrumentos peligrosos, de suerte que el comiso no se subordina a la peligrosidad del autor, sino que trata de alejarlo del recuerdo de aquellas cosas que le permitieron caer en el delito.

El nuevo Código Penal de 1991 (CP), siguiendo los diversos proyectos del Código Penal de España, redefine la ubicación del **decomiso**, tal como ahora lo rotula. El título VI del libro I lleva como denominación “De la reparación civil y consecuencias accesorias”, de suerte que explícitamente las aparta de las clásicas consecuencias penales: penas y medidas de seguridad.

Dicho título, a su vez, consta de dos capítulos, separando claramente tanto la noción de reparación civil cuanto la de consecuencias accesorias. En el capítulo II, “Consecuencias accesorias”, incorpora el decomiso (artículo 102), la privación de beneficios de las personas jurídicas (artículo 104) y las medidas contra las personas jurídicas (artículo 105).

Sin duda alguna, como enfatiza **Mapelli Caffarena**, las aludidas consecuencias no tienen el carácter de penas porque se aplican en función a criterios ajenos a la culpabilidad, no se encuentran sometidas a las reglas generales de determinación de las mismas y no pueden asimilarse a las penas accesorias con las cuales sólo tiene en común la accesoriedad; tampoco tienen el carácter de medidas de seguridad porque no se aplica en ellas íntegramente la noción de peligrosidad, inclusive la de carácter objetivo, ni necesariamente a ellas se les aplica las garantías de aquéllas: proporcionalidad, vicariedad, etc.; y, asimismo, al no tener como finalidad la restitución, la reparación o la indemnización, no integran la reparación civil⁽¹⁶⁾. En igual sentido se pronuncia ahora **Peña Cabrera**⁽¹⁷⁾.

Lo expuesto, nos hace reconocer, siguiendo a **Gracia Martín**, que podría tratarse de una nueva consecuencia jurídica del delito⁽¹⁸⁾. Su contenido, nos

(12) SILVA SANCHEZ. *Malos tiempos para la codificación*. 1998. p.276.

(13) SILVA SÁNCHEZ. *La expansión del Derecho penal*. 1999. p.20.

(14) ORTELLS RAMOS. *Derecho Jurisdiccional. Proceso Civil*. p.260.

(15) Cfr.: BRAMONT ARIAS. *Código Penal*. 1966, p.114; y PEÑA CABRERA. *Derecho Penal Peruano – Parte General*. 1977. p.370.

(16) MAPELLI CAFFARENA. *Revista Penal*. No 1. 1998. pp. 48 y 49.

(17) PEÑA CABRERA. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. 1999. pp.694 y 695.

(18) GRACIA MARTIN. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 1996. p.439.

dice **Berdugo Gomez de la Torre**, debe estar orientado a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma; y, en tanto aquél es claramente aflictivo, en su imposición deben ser aplicables todo el elenco de garantías que recoge el Código Penal en relación con la pena y su prescripción⁽¹⁹⁾.

Según el artículo 102 del CP, el decomiso importa la pérdida de los efectos provenientes de la infracción penal o de los instrumentos con que se hubiere ejecutado, a no ser que pertenezcan a terceros no intervinientes en la infracción.

El decomiso, atento a lo estatuido en el artículo 103 del CP, puede no decretarse o hacerlo parcialmente cuando los efectos o los instrumentos no guarden proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción penal. Por otro lado, el decomiso también puede incidir sobre los beneficios obtenidos por las personas jurídicas, en tanto la infracción se hubiere cometido en el ejercicio de su actividad por sus funcionarios o dependientes, y siempre en la medida necesaria para cubrir la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil (artículo 104 del CP).

El objeto del decomiso no son sólo cosas corporales, sino también derechos, en cuanto han sido producidos mediante un hecho punible doloso, o han estado destinados a la comisión o preparación de tales delitos.

Según lo expuesto en dichas normas (artículos 102 y 104 del CP), es del caso adelantar algunas precisiones de cara a lo que, ulteriormente, será necesario para delimitar el ámbito de lo que se puede incautar o secuestrar en el curso de un proceso penal, incluida la prevención policial:

a) En cuanto a la **naturaleza jurídica** del decomiso. No tiene una naturaleza jurídica unitaria⁽²⁰⁾. Cuando se decomisan ganancias se evita un enriquecimiento injusto proveniente del delito. En cambio, cuando se decomisan efectos e instrumentos del delito, tiene una finalidad preventiva especial

fundamentada en la peligrosidad del sujeto en relación con ciertos objetos; “prevención situacional” la denomina **Mapelli Caffarena**⁽²¹⁾.

b) Respecto a los **tipos de comiso**, son tres:

- Comiso de **efectos** (*producta sceleris*), que recae en los objetos que son obtenidos con la conducta típica, tanto inmediatos como mediatos. Es de precisar que el objeto sobre el que recae materialmente el delito, salvo que implique una creación o mutación prohibida de su esencia misma -v.gr. falsificación de moneda-, no puede considerarse como efecto del delito susceptible de decomiso. **Soler** acepta esta última perspectiva, aunque -equivocadamente a nuestro juicio- niega que pueda ser considerado producto del delito “(...) lo que el delincuente se procuró mediante los *producta sceleris*, como ser lo comprado con la moneda falsa⁽²²⁾”.

- Comiso de **instrumentos** (*instrumenta sceleris*), que afecta a los bienes que el autor ha utilizado para cometer el delito. El delito debe ser doloso, toda vez que importa la finalidad de realizar el tipo objetivo⁽²³⁾. El delito puede ser completo o incompleto y, por ende, tratarse de cualquier acto ejecutivo punible para un acto consumativo y aún para actos de agotamiento⁽²⁴⁾. **Federico Puig Peña** acota, desde una perspectiva más precisa, que el *instrumenta sceleris* comprende aquellos bienes empleados por el delincuente, que son de tres órdenes: (i) los situados en la misma línea del delito⁽²⁵⁾, (ii) los emplazados en un campo aparte⁽²⁶⁾, y (iii) los que constituyen precio del delito, es decir, el dinero o cualquiera otra utilidad material que una persona entrega a otra en *pactum sicaris*, para que ésta lleve a efecto la realización del propósito criminal ideado por aquélla. El *producta sceleris* está integrado por todas aquellas cosas que entran en el patrimonio del ofensor, constituyendo un enriquecimiento ilícito a costa del empobrecimiento de la persona que resulta perjudicada por la infracción, ya sea que se verifique por la entrada de la misma cosa

(19) GOMEZ DE LA TORRE, Berdugo. *Lecciones de Derecho penal – Parte General*. 1996. pp. 361 y 362.

(20) JESCHECK. *Tratado de Derecho Penal*. 1981. p.1102.

(21) MAPELLI CAFFARENA. Op.cit., p.51.

(22) SOLER. *Derecho Penal Argentino*. Tomo III. 1983. p.399.

(23) Cfr.: FONTÁN BALESTRA. *Tratado de Derecho penal*. Tomo III. 1980. p.266.

(24) ZAFFARONI. *Tratado*. Tomo V. pp.261 y 264.

(25) v.gr.: medidas y pesos falsos que se emplean para cometer una estafa.

(26) v.gr.: armas utilizadas para la perpetración de un atentado patrimonial.

o efectos del delito o por la entrada en aquellas otras que ha conseguido por permuta o con dinero procedente de la infracción. La útil transformación del inmediato producto del delito o los empleos del dinero de procedencia delictuosa no pueden impedir que se verifique el comiso de aquello que precisamente era objeto de la finalidad delictiva o que el delincuente esperaba convertir para mayor lucro o ilícita ganancia⁽²⁷⁾.

- Comiso de **beneficios**, que en nuestra legislación se circunscribe a las personas jurídicas en cuanto tales, y tiene como norte cubrir, en cuanto sea insuficiente, la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil.

c) En lo atinente a los **presupuestos de su aplicación**. El Código estatuye que el decomiso funciona cuando se comete una infracción penal, no exige la imposición de una sanción penal al imputado. El nuevo Código, a diferencia del Código anterior, no impone el decomiso como consecuencia directa de una condena. Por tanto, como apunta **Jescheck**, sólo resulta necesario que exista un hecho antijurídico doloso⁽²⁸⁾. No hace falta que medie la categoría de culpabilidad.

d) En lo concerniente a los **límites de su imposición**. Son dos:

- El decomiso procederá sólo si los objetos no pertenecen a terceros no intervinientes en la infracción. Ello significa que el bien debe ser de propiedad del autor o partícipe del delito; empero, si el bien se encuentra en régimen de copropiedad, dominio conjunto o en comunidad, sólo procederá el decomiso si los propietarios son todos titulares del mismo, salvo que sobre el bien exista un derecho de cuota en aquellos casos en que es permitido hacerlo: fracción de copropiedad en particular.

- El decomiso puede obviarse si los bienes no son de ilícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción penal. Si un bien es intrínsecamente delictivo el decomiso es obligatorio. Será facultativo si el bien no es delictivo y si su valor no es claramente desproporcionado respecto del ilícito perpetrado; de ser posible hacerlo,

el decomiso será parcial.

e) El decomiso está sujeto a **reglas especiales** en los delitos contra los derechos de autor y derechos conexos, contra los bienes culturales, monetarios, aduaneros, corrupción de funcionarios, terrorismo y tráfico ilícito de drogas. Así tenemos:

- Según el artículo 221 del CP, modificado por el Decreto Legislativo No.822, procede el decomiso de los ejemplares ilícitos y de los aparatos o medios utilizados para la comisión del delito contra los derechos de autor y derechos conexos. Los ejemplares ilícitos podrán ser entregados al titular del derecho vulnerado o, de no corresponder, serán destruidos. Esta norma hace referencia a la denominada incautación previa y señala que en ningún caso (inclusive de mediar absolución o declaración de exención de responsabilidad penal) procede la devolución de los ejemplares ilícitos. Basta la acreditación de la mera conducta típicamente antijurídica para que no opere la devolución al encausado.

- Según el artículo 231 del CP, los delitos contra los bienes culturales traen consigo el decomiso en favor del Estado de los materiales, equipos y vehículos empleados en la comisión de dichos delitos, así como de los bienes culturales obtenidos indebidamente.

- Según el artículo 2 de la Ley No.26714 procede la incautación de las máquinas, planchas, matrices, cuños, equipos y demás instrumentos y materiales utilizados en la comisión de delitos monetarios, así como las falsificaciones con ellos obtenidas, los que serán depositados en el Banco Central de Reserva del Perú; la incautación también puede hacerse de partes o piezas de máquinas o equipos de gran peso o volumen, determinantes de su inutilización, lo que se realiza sin perjuicio de la imposición del decomiso correspondiente.

- Según la Ley No.26461, Ley de delitos aduaneros, son objeto de incautación y secuestro las mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyan objeto del delito, los que serán depositados en Aduanas. El decomiso procederá siempre que los efectos y los instrumentos pertenezcan a los

(27) Voz **Comiso**. *Nueva Enciclopedia Jurídica*. 1981. pp.456 y 457.

(28) JESCHECK. *Op.cit.*, p.1103.

intervinientes en el delito. El medio de transporte, señala restrictivamente el artículo 18 de la ley, será decomisado si presenta modificaciones en su estructura con la finalidad de transportar mercancías de procedencia ilegal.

- Según el artículo 401, inciso b, del Código Penal, introducido por la Ley No.25489, los bienes decomisados o incautados en el delito de corrupción de funcionarios serán puestos a disposición del Ministerio de Justicia. Una vez dictado el decomiso serán adjudicados al Estado y afectados en uso para el servicio oficial del indicado Ministerio, del Poder Judicial y del Ministerio Público.

- Según la Séptima Disposición Final del Decreto Ley No.25475, el decomiso contra bienes muebles, inmuebles, dinero y otras especies en los delitos de terrorismo, custodiados provisionalmente por la Policía Nacional - DIRCOTE, pasarán definitivamente a poder del Estado y serán afectados a los organismos públicos responsables de la defensa de la sociedad.

- Según el artículo 66 del Decreto Ley No.22095, modificado por el Decreto Ley No.22926, serán decomisadas las drogas, insumos, fábricas, laboratorios, alambiques, implementos y enseres empleados en la producción y fabricación ilícita de drogas. Los cultivos serán destruidos y serán incautados los equipos de trabajo y otros bienes de uso directo que hubieran sido utilizados para el cultivo y explotación ilícita de coca. Igualmente, serán incautados los terrenos de cultivo para su ulterior adjudicación a campesinos sin tierra. La incautación se extiende a los inmuebles utilizados como fábricas, depósitos o lugares de expendio, así como los vehículos en que se hubiere efectuado la distribución o transporte de las drogas. Su administración corresponde a la OFECOD del Ministerio del Interior. Para el decomiso se exige que los bienes en mención pertenezcan a los autores y partícipes, así como a propietarios ajenos al delito siempre que luego de tener conocimiento del delito no lo hubieran denunciado de inmediato. También será incautado el dinero empleado u obtenido en la comisión del delito. Las drogas, que se depositan en un local especial a cargo del Ministerio del Interior, si no son comercializables serán destruidas públicamente, tal como lo preceptúa el artículo 68 del

decreto ley primeramente citado. Los demás bienes decomisados serán adjudicados al Estado y registrados en la Superintendencia de Bienes Nacionales (artículo 70).

- Según el artículo 2 de la Ley No.26332, los cultivos de adormidera serán destruidos, mientras que los terrenos de cultivo, equipos de trabajo y otros bienes de uso directo que hubieran sido utilizados en la comisión del delito serán incautados. Dictado el decomiso, dichos bienes, que eran administrados por el OFECOD en coordinación con el Ministerio de Agricultura, pasarán a propiedad de dicho Ministerio para su posterior adjudicación. Posteriormente, el Decreto Legislativo No.824 comprendió dentro de las medidas de destrucción, incautación y decomiso a la marihuana. Es de acotar, sin embargo, que el artículo 296, inciso c, sólo comprende la siembra y el procesamiento compulsivo de coca y amapola, pero no introduce reglas especiales en materia de decomiso e incautación (el Decreto Ley No.22095 en su momento quedó sin base al no criminalizarse en el nuevo Código Penal los actos de cultivo). Recién la Ley No.26332, de junio de 1994, al introducir el artículo 296, literal d, al Código Penal, criminaliza los actos de cultivo, promoción, facilitación o financiación de plantaciones de adormidera. Ello significa que el citado Decreto Legislativo No.824 incluyó a la marihuana sin que su cultivo esté criminalizado. Esa norma, además, excluyó al Ministerio de Agricultura de la propiedad de los bienes decomisados para entregárselos a la OFECOD a fin de que los subaste.

- El artículo 3 del Decreto Ley No.25430, sanciona con el decomiso la tenencia de armas de fuego sin licencia. Según el artículo 12 del Decreto Supremo No.002-98-PCM, las armas y explosivos de posesión ilegal deben pasar a manos de la Dirección de Control de los Servicios de Seguridad, Control de Armas, Munición y Explosivos de Uso Civil (DISCAMEC).

A la luz de la legislación especial en atención con la regla general de los artículos 102 y 104 CP, es menester adelantar dos precisiones. En primer lugar, la regla es que no se decomisa los objetos meramente obtenidos o que constituyan los objetos del hecho punible. Siguiendo a **Maurach, Gössel y Zipf**, son objetos obtenidos: el botín del hurto, el animal cazado

contra la ley, el dinero ganado en un juego de azar prohibido; en cambio, son objetos del hecho: explosivos y armas poseídos sin autorización, entre otros⁽²⁹⁾. Por ello es que la ley especial debe prever supuestos adicionales de decomiso, como es el caso de las mercancías de contrabando, de la droga, de bienes culturales, de la tenencia de armas de fuego etc. La necesidad de regulación específica o excepcional es postulada por **Gracia Martín**⁽³⁰⁾. En segundo lugar, que los bienes decomisados, una vez vendidos, deben estar destinados primariamente a garantizar los derechos indemnizatorios de la víctima (vista la lógica del empobrecimiento de la víctima por la conducta del imputado) y, salvado ese extremo, el producto de la venta debe quedar en poder del Estado y lo que resulta de su adjudicación, cuando ella fuera posible, pasará al tesoro público.

**Siendo la propiedad un derecho
fundamental, su restricción
en el curso de un proceso
penal debe justificar
racionalmente**

Es de precisar, sin embargo, las disposiciones reglamentarias de las Resoluciones Administrativas No.057-93-CE-PJ, del 3 de noviembre de 1993, y No.020-94-CE-PJ, de 25 de febrero de 1994. Allí se menciona a las **cosas materia de delitos**, entendiendo los bienes objeto del delito y los efectos del delito, y a los **instrumentos del delito**.

Los primeros serán archivados en el depósito judicial distrital, los cuales serán rematados por un juez encargado de remates, designados anualmente por la Corte Superior, quien ordenará su valorización y procederá a su remate, cuyo producto constituye renta propia del Poder Judicial. Las cosas materia del delito, consistentes en comidas, bebidas o medicinas falsificadas, adulteradas o pervertidas serán destruidas, así como también las monedas y objetos falsificados y las medidas o pesos falsos y toda otra cosa falsificada dañina para la salud. Las cosas que no pueden ser

puestas al comercio, por provenir de una falsificación o adulteración, pero que fueran aprovechables, pueden ser dispuestas a favor de instituciones de beneficencia o de la propia Corte.

Los instrumentos del delito tendrán el siguiente destino: (i) las armas de fuego serán remitidas a la DISCAMEC; (ii) las naves serán adjudicadas y entregadas a la Marina de Guerra; (iii) las máquinas, planchas, cuños, matrices y demás instrumentos compuestos y materiales destinados a falsificar billetes y monedas, serán entregados al Banco Central de Reserva del Perú; (iv) las máquinas, artefactos, equipos o cualquier otro implemento, utilizados para fabricar productos falsificados, o para adulterar contenidos o de cualquier otro modo de defraudar, serán destruidos, al igual que las sustancias destinadas a ese fin y todos los componentes utilizados; y (v) los demás bienes, muebles o inmuebles, serán puestos a disposición de la Superintendencia de Bienes Nacionales.

Las leyes penales especiales impone la preferencia del tesoro público y no toma en cuenta la reparación civil como exigencia de primer orden que saldar; tampoco lo hace, por cierto, el reglamento antes citado.

La ley no dice nada respecto a la transferencia de bienes susceptibles de decomiso. La regla, aplicando supletoriamente las disposiciones sobre reparación civil, debe respetar el derecho de aquellas personas que los han adquirido legalmente, de buena fe. Así lo hacen el artículo 94 del CP y, esencialmente, el artículo 948 del CC, que no considera la adquisición de dominio de bienes muebles adquiridos con violación de la ley penal. El artículo 950 del CC atiende a la propiedad de bienes inmuebles y precisa que el dominio sólo puede adquirirse por prescripción aun cuando exista justo título y buena fe, de modo que el decomiso será procedente si opera antes del vencimiento del plazo legal correspondiente.

3 La incautación o secuestro cautelar de bienes.

Como se sabe, las **medidas cautelares reales** son actos de coerción directa realizados por la autoridad

(29) MAURACH, GÖSSEL y ZIPF. Op.cit., p.682.

(30) GRACIA MARTIN. Op.cit., p.451.

jurisdiccional que recaen sobre bienes u objetos y están destinados a asegurar las consecuencias jurídicas económicas del delito. Sobre esa base, como ya hemos postulado, están relacionados tanto con la reparación civil (artículos 92 y 94 del CP) cuanto con la pena de multa (artículo 41 del CP) y las consecuencias accesorias (artículos 102 y 105 del CP)⁽³¹⁾. En cuanto a las medidas cautelares patrimoniales, como enseña **Pedraz Penalva**, están destinadas a evitar -siguiendo el planteamiento de **Calamandrei**- el peligro de infructuosidad que obliga a asegurar determinados bienes para una futura ejecución forzosa, para lo cual basta valorar objetivamente los fundamentos de la imputación penal⁽³²⁾.

Los artículos 170 y 171 del CPP señalan que el sujeto de la medida de incautación o decomiso es el juez penal. Por tanto, si el delito ha dejado vestigios o pruebas materiales deben recogerse y conservarse (artículo 170). La diligencia de retención de instrumentos, armas y efectos se protocoliza en un acta (artículo 171).

Sin duda alguna, ambas normas no son muy claras, pues no permiten distinguir entre secuestro o incautación cautelar y el secuestro o incautación instrumental. Es evidente, por lógica consecuencia de lo que es una medida cautelar, que la medida de aseguramiento que tiene como objeto los efectos y los instrumentos de la infracción penal (artículo 102 del CP) es de carácter cautelar, en tanto tiende a hacer efectiva la pérdida de los mismos o de decomiso a declararse en la sentencia.

El secuestro instrumental, en cuanto medida instrumental restrictiva de derechos, tiene una función esencialmente probatoria. Está radicado en lo que se denomina **piezas de convicción**, esto es, en los objetos muebles en los que hayan quedado señas o vestigios que puedan servir de prueba de la realización del delito; y, en los **bienes objeto del delito** y en los **bienes obtenidos**, vale decir, todo aquello que no puede constituir *instrumenta sceleris*. Queda claro que la noción de “cuerpo de delito”, vista desde una perspectiva muy amplia y funcional, comprende todas

estas materialidades, de ahí que las leyes procesales en este aspecto no reconozcan diferencias entre lo instrumental y cautelar.

El secuestro o incautación cautelar, por su propia naturaleza, debe expresarse en una resolución judicial debidamente fundamentada acorde con el principio de proporcionalidad y la garantía de motivación judicial (artículo 139, inciso de la Constitución). La nota de jurisdiccionalidad revela, pues, la regla general que se extiende no sólo a las medidas cautelares sino también a las medidas instrumentales. Es un requisito general de carácter extrínseco general de la medida⁽³³⁾.

Cabe significar que en nuestra Constitución el derecho de propiedad es un derecho fundamental (artículo 2, inciso 15 de la Constitución), catalogado de inviolable, garantizado por el Estado y que debe ejercerse en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley (artículo 70 de la Constitución). Se pierde, por ende, en uno de sus supuestos fuera de la expropiación, cuando una cosa corporal o derecho está vinculado a un delito: decomiso.

Siendo la propiedad un derecho fundamental, su restricción en el curso de un proceso penal debe justificarse racionalmente. En tal virtud, debe existir evidencia contundente de la existencia de un delito, así como probabilidad positiva que el bien cuestionado está relacionado con el delito y que, en su momento, será objeto de la consecuencia accesoria de decomiso de conformidad con lo dispuesto en los artículos 102 y 104 del CP.

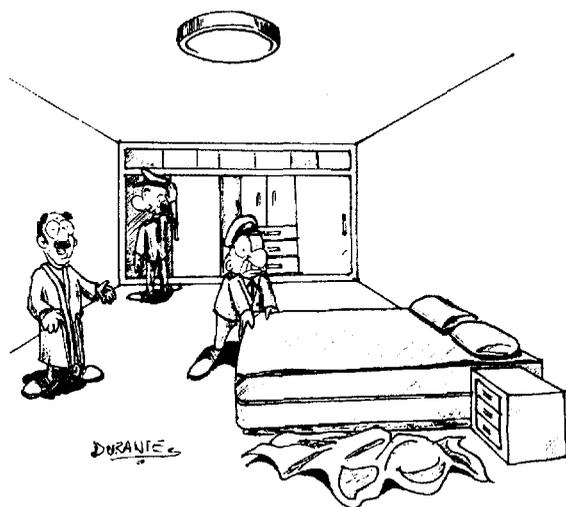
Es de tener en consideración que la Constitución nacional respecto del derecho de propiedad no obliga, como en el caso de los derechos fundamentales al secreto bancario y reserva tributaria (artículo 2, inciso 5), a la inviolabilidad de domicilio (artículo 2, inciso 9), al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados (artículo 2, inciso 10), al derecho de residencia y de tránsito (artículo 2, inciso 11) y al derecho a la libertad personal (artículo 2, inciso 24, literal f), a la preceptiva orden judicial para su restricción inmediata. En el caso de los derechos a la libertad personal y a la inviolabilidad

(31) vid. SAN MARTÍN, César. *Derecho procesal penal*. 1999. pp.855 y 856.

(32) PEDRAZ PENALVA. *El principio de proporcionalidad...* 1990. pp.93 y 99.

(33) GONZALES-CUELLAR SERRANO. *La proporcionalidad ...* 1995. p.186.

de domicilio, la Constitución autoriza expresamente a la policía nacional a allanar y detener sin previa orden judicial siempre que se trate de un **delito flagrante**. Se entiende que para una restricción urgente e inmediata de los demás derechos constitucionales en general y de propiedad en particular vía incautación o secuestro precautelar policial, salvo ley en contrario, la Constitución no necesariamente exige previa orden judicial (exclusividad jurisdiccional), aunque siempre debe existir una razonada atribución del hecho punible. Los artículos 59 y 63 del CPP estatuyen que la Policía Judicial debe poner a disposición de los jueces “(...) los elementos de prueba y efectos de que se hubiese incautado...”, “los efectos relativos al delito (...)”. El artículo 4, inciso 2 de las leyes orgánicas de las tres fuerzas policiales les reconocían la atribución de “Obtener indicios y evidencias”.



Por tanto, en el curso de la prevención policial o investigación preliminar, siempre que el Ministerio Público la considere viable, se procederá a la incautación de bienes que en su momento podrán ser objeto de la consecuencia accesoria de decomiso, en tanto en cuanto se actúe dentro de los límites objetivos y temporales determinados en la ley.

Este poder de intervención sobre objetos, cosas o

bienes está sujeto a una limitación, la cual es compatible con el carácter de intervención a prevención de la policía y de la fiscalía. Tal limitación está vinculada a la noción de urgencia. En consecuencia, sólo podrá incautarse o secuestrarse de oficio si es que se advierte que, por razones de tiempo o peligro por la demora, no puede esperarse la preceptiva orden judicial, que es lo que se denomina “peligro de desaparición”, o, en todo caso, si la aprehensión provisional de los bienes requiere de una medida jurídica de ejecución.

En tanto que la restricción de este derecho fundamental no tiene origen judicial y es excepcional, debe entenderse que tiene una naturaleza provisionálsima y que, ineludiblemente, requiere la inmediata convalidación judicial mediante auto fundado que apreciará su procedencia. Este límite, por cierto, no ha sido reconocido por el órgano jurisdiccional nacional, de suerte que frente a las actas de incautación no realiza ningún control de legalidad ni dicta una resolución confirmatoria o anulatoria de la medida precautelar.

Se entiende que en nuestro proceso por delitos comunes con reo detenido la investigación preliminar es de corta duración: no puede exceder las 24 horas, por lo que habitualmente su control efectivo habrá de esperar al momento en que el juez califique la denuncia fiscal formalizada.

Para delitos exceptuados, en que los plazos de investigación existiendo implicado detenido son más largos, el artículo 2, inciso 24, literal f de la Constitución autoriza al juez a asumir jurisdicción antes de vencido el plazo de 15 días, en consecuencia, se justifica la intervención judicial para subsanar omisiones y corregir ilegalidades, una de las cuales puede ser una incautación indebida.

En todo caso, llama la atención que el Código de Procedimientos Penales no regule expresamente supuestos de intervención judicial antes del auto de apertura de instrucción, sobre todo para autorizar medidas limitativas de derechos y en su momento para confirmarlas o anularlas de ser el caso.

No obstante ello, la Resolución Administrativa No.068-CME-PJ, de 28 de marzo de 1996, que creó el Juzgado de Turno Permanente, en mérito a las exigencias constitucionales para allanar, levantar el

secreto bancario, etc., reconoció en el artículo 4, literal d, como una de las materias propias de la competencia del juez de turno permanente, “Las medidas urgentes que le solicite el Ministerio Público en el curso de las investigaciones preliminares y que se requieran de la expedición de una resolución judicial”.

La incautación o secuestro, vista su nota de urgencia propia de las denominadas **primeras diligencias**, debe realizarse inmediatamente, sin que a ello obste que los bienes se encuentren en poder de tercera persona, salvo claro está que resulte evidente una titularidad ajena a la del implicado y que no sea necesario aprehenderlos con fines probatorios. La policía, al respecto, se limitará a levantar un acta que será suscrita por quien haya intervenido en ella (artículo 61 del CPP).

La legislación penal especial, en su lógica de derecho penal máximo, ha venido configurando un mayor poder de intervención cautelar e instrumental a la Policía Judicial. Así tenemos las siguientes normas:

- El Decreto Legislativo No.822, de 24 de abril de 1996, preceptúa que se procederá a la incautación previa de los ejemplares ilícitos y de los aparatos o medios utilizados para la comisión del delito contra los derechos de autor y derechos conexos.

- El artículo 2 de la Ley No.26714, de 27 de diciembre de 1996, dispone la incautación de las máquinas, planchas, matrices, cuños, equipos y demás instrumentos y materiales utilizados en la comisión de delitos monetarios, así como las falsificaciones con ellos obtenidos. El depósito y conservación corre a cargo del Banco Central de Reserva del Perú.

- El artículo 12 de la Ley No.26461, de 8 de junio de 1995, señala que el fiscal ordenará la incautación y secuestro de las mercancías, medios de transporte, bienes y efectos que constituyan objeto del delito, los que serán custodiados por Aduanas en tanto se expida la resolución final sobre la materia. Esta norma resulta interesante por dos motivos: (i) la medida precautelar, orientada hacia el proceso judicial, la ordena el Fiscal y no la policía de oficio; y, (ii) el depósito no está a cargo de la Corte Superior sino de Aduanas.

- El artículo 2 del Decreto Ley No.25489, de 10 de mayo de 1992, estatuye que los bienes incautados en delitos de corrupción de funcionarios, incluyendo

el delito de enriquecimiento ilícito, serán depositados en el Ministerio de Justicia.

- La Séptima Disposición Final del Decreto Ley No.25475, de 6 de mayo de 1995, dispone que los bienes incautados serán puestos a disposición de la DIRCOTE para su cuidado y administración. En igual sentido se pronuncia la Ley No.25744, de 27 de setiembre de 1992, tratándose de delitos de traición a la patria.

- La Tercera Disposición Final del Decreto Legislativo No.895, de 23 de mayo de 1998, en el caso del delito de terrorismo agravado, dispone que se incautarán los bienes utilizados para perpetrar la infracción, así como los adquiridos con el producto del delito. Estos bienes serán puestos a disposición de la Policía Nacional y serán custodiados y administrados por el Ministerio del Interior.

- La Segunda Disposición Final del Decreto Legislativo No.897, de 26 de mayo de 1998, relacionada con los delitos agravados tiene similar regulación a la indicada para el delito de terrorismo agravado. Es de destacar que si establece la existencia de bienes registrados a nombre de terceros que se presuman obtenidos con el producto del delito, dicha norma refiere que se embargarán, cuando debió decir se incautarán, toda vez que al tratarse de un efecto del delito lo que cabe es el decomiso y no su afectación para saldar las responsabilidades civiles, que presupone bienes libres de propiedad del implicado.

- El artículo 66 del Decreto Ley No.22095, modificado por el Decreto Ley No.22926, menciona el vocablo “decomiso” tratándose de drogas, insumos, fábricas, laboratorios, alambiques, implementos y enseres empleados en la producción y fabricación ilícita de drogas, así como de “incautación” cuando se refiere a los terrenos de cultivo, de inmuebles utilizados como fábricas, depósitos o lugares de expendio, a los vehículos en que se hubiere efectuado la distribución o transporte de las drogas y al dinero empleado u obtenido en la comisión del delito. El artículo 69 estipula que, salvo las drogas, todos los demás bienes decomisados e incautados serán puestos a disposición de la Oficina Ejecutiva de Control de Drogas.

Estas normas reflejan una confusión entre decomiso e incautación, al mencionarlos

indistintamente, e introducen un mecanismo excepcional de conservación de los bienes, así como de su destrucción y administración provisional por entidades estatales hasta que se emita sentencia.

El artículo 73 permite al juez intervenir, a solicitud de la policía, para dictar medidas precautelativas relacionadas con la incautación aún antes de dictarse el auto apertorio de instrucción. Sobre esa base se han puesto en vigencia los Decretos Supremos No.39-94-JUS, del 23 de julio de 1994, y el No.43-94-JUS, del 2 de noviembre de 1994, que autorizan al juez, a solicitud del fiscal o de la policía, a ordenar: (i) La inscripción preventiva en favor del Estado de los bienes muebles e inmuebles incautados al presunto implicado durante la investigación policial; (ii) La inmovilización de fondos, depósitos y demás valores en custodia que los presuntos implicados mantengan como titulares en las empresas y entidades del sistema financiero; (iii) La abstención de operaciones o transacciones de valores y el bloqueo de partidas registrales.

Llama la atención que en los delitos aduaneros y de tráfico ilícito de drogas se permite a la autoridad administrativa (Aduanas o Ministerio del Interior: artículo 16 de la Ley No.26461, del 21 de julio de 1995, y el artículo 1 del Decreto Supremo No.046-88-IN, del 1 de diciembre de 1988) que transcurrido seis meses o un año, respectivamente, de la ocupación del bien lo rematen y que el monto obtenido sea consignado en el Banco de la Nación a las resultas del juicio. Estas normas vulneran el principio de presunción de inocencia al disponer de un bien sin esperar el fallo definitivo, lo que debe rechazarse enfáticamente; además, el Decreto Supremo rebasa las normas de la ley represora del tráfico ilícito de drogas al incorporar una institución no prevista en la ley.

Dos vacíos presenta la legislación nacional. El primero tiene que ver con la incautación de ganancias de personas jurídicas vinculadas a una infracción penal. El segundo guarda relación con la intervención de personas jurídicas productivas y la forma que debe revestir la incautación.

a) Como se sabe, el artículo 102 CP al comprender en el decomiso los efectos del delito

posibilita la pérdida de los productos mediatos obtenidos por el autor o partícipe del delito, esto es, toda clase de ganancias cualquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar. Si el producto delictivo se invierte en empresas ya constituidas o dan lugar a su creación, resulta evidente que tales inversiones deben ser decomisadas y, desde luego, incautadas o secuestradas provisionalmente. Ahora bien, si el delito se perpetra valiéndose de una persona jurídica, siempre que lo cometan sus funcionarios o dependientes y se realice en el ejercicio de su actividad social, los beneficios que se obtengan, esto es, sus ganancias podrán ser decomisadas, independientemente de las obtenidas por la persona natural, pero sólo hasta cubrir la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil y siempre que sus bienes fueran insuficientes. Vista esta regulación, es de considerar conjuntamente con **Ivan Meini** que así desarrollada carece de sentido, "... ya que los objetivos que persigue bien se pueden cumplir, y de hecho se vienen cumpliendo en la práctica, con la institución del tercero civil responsable⁽³⁴⁾", de ahí que resulte necesario dejar de lado su naturaleza indemnizatoria y de carácter subsidiaria para castigar el enriquecimiento de los entes colectivos producto de una infracción penal, bajo el solo presupuesto de la constatación de un hecho penalmente antijurídico⁽³⁵⁾.

b) Las inversiones con fondos delictivos en personas jurídicas ya creadas o constituidas en virtud del aporte de dinero de procedencia delictiva desde luego deben ser, precautoriamente, incautadas o secuestradas y, luego, decomisadas. Las normas procesales, en puridad, el Reglamento de los artículos 67 y 70 de la Ley de Drogas, sólo identifican la inscripción preventiva de los bienes, la inmovilización de fondos, depósitos y valores en custodia y el impedimento de negociación bursátil o no de los mismos.

Hace falta, sin duda alguna, vista la inidoneidad de aplicar las normas sobre embargo del Código Procesal Civil, incorporar la figura de la administración cautelar de empresas, con lo que no sólo se salvaguarda los derechos de los trabajadores o de los acreedores,

(34)MEINI, Iván. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 1999. p.190

(35)Ibid., p.219.

sino también se garantiza el funcionamiento de las empresas en mención, lo que es muy útil en los casos de lavado de activos, en que resulta necesario afectar no sólo los bienes sino la empresa como tal.

Resulta interesante al respecto el decreto ley español del 20 de octubre de 1969 sobre embargo de

empresas, en cuya virtud el Juez puede disponer si continua la administración de la empresa, designando interventores, o si sustituye a la administración nombrando administradores judiciales, cuyo único límite está radicado en la transferencia de bienes y activos. ⁴¹